Die Einwilligung in die Körperverletzung nach geltendem Recht und nach den Entwürfen

Inaugural-Dissertation

der juristischen Fakultät
der Friedrich-Alexanders-Universität
zu Erlangen

Vorgelegt von

Walter Staudt

aus Nürnberg

Referendar am Amtsgericht Nürnberg

Approbiert am 18. Dezember 1929

Buchdruckerei J. Bollmann, Zirndorf
1930

30:56

Die Einwilligung in die Körperverletzung nach geltendem Recht und nach den Entwürfen

Inaugural-Dissertation

der juristischen Fakultät
der Friedrich-Alexanders-Universität
zu Erlangen

Vorgelegt von

Walter Staudt

aus Nürnberg
Referendar am Amtsgericht Nürnberg

Approbiert am 18. Dezember 1929

Buchdruckerei J Bollmann, Zirndorf
1930

Referent: Univ.-Prof. Dr. Köhler.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Inhaltsverzeichnis

Seite

Einleitung 1–3

I. Hauptteil. Die Einwilligung im allgemeinen.

I. Abschnitt: Die Rechtswidrigkeit.

§ 1. Allgemeines 4–6
§ 2. Das Objekt des Rechtsschutzes 6–9

II. Abschnitt: Der Begriff und die Erfordernisse der Einwilligung

§ 1. Der Begriff der Einwilligung 9–16
§ 2. Die Erfordernisse der Einwilligung . . . 16–26

II. Hauptteil. Die Wirksamkeit der Einwilligung nach geltendem Recht.

Vorbemerkung: Das Strafgesetzbuch und unser Problem 26–28

I. Abschnitt: Der Stand der Ansichten in der Wissenschaft.

§ 1. Die verneinende Ansicht 28–30
§ 2. Die vermittelnde Ansicht 30–37
§ 3. Die bejahende Ansicht 37–44

II. Abschnitt: Die Entwicklung in der Rechtsprechung . 45–53

III. Hauptteil. Die Einwilligung in eine Körperverletzung nach den Entwürfen.

Vorbemerkung: Die Entwürfe 53–54

I. Abschnitt: Der Vorentwurf von 1909 54–57

II. Abschnitt: Der Gegenentwurf von 1911 und der Kommissionsentwurf von 1913.

§ 1. Der Gegenentwurf als Vorarbeit 57–59
§ 2. Der Kommissionsentwurf 59–60

III. Abschnitt: Der Entwurf von 1919 60–61

IV. Abschnitt: Der Amtliche Entwurf von 1925 . . . 62–66

V. Abschnitt: Die Reichstagsvorlage von 1927 . . 67–68

Schlußwort 68

Literaturverzeichnis

I. Lehrbücher, Kommentare und Abhandlungen.

AE. Amtlicher Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches nebst Begründung 1925.

Allfeld. Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 8. Aufl. 1922.

Aschrott-Kohlrausch. Reform des Strafrechts (Kritische Besprechung des AE. eines Allg. D. StGB.) 1926.

Aschrott-v. Liszt. Die Reform des Reichsstrafgesetzbuchs, 1. und 2. Bd. 1910.

v. Bar. Gesetz und Schuld im Strafrecht, 3. Bd. 1909.
Medizinische Forschung und Strafrecht. Festgabe der Göttinger Juristenfakultät für Regelsberger 1901.

Binding. Handbuch des Strafrechts, 1. Bd. 1885.
Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts. Bes. Teil 1. Bd. 2. Aufl. 1902.

Blume. Der Ausschluß der Rechtswidrigkeit durch die Einwilligung des Verletzten bei Körperverletzungen. Diss. Köln 1925 (Maschinenschrift).

Breithaupt. Volenti non fit iniuria 1891.

Bühring. Die rechtliche Bedeutung der Einwilligung des Verletzten, insbesondere bei Körperverletzungen. Diss. Göttingen 1921.

Dohna, Graf zu. Die Rechtswidrigkeit als allgemeingültiges Merkmal im Tatbestand strafbarer Handlungen 1905.
Recht und Irrtum 1925.

Ebermayer-Lobe-Rosenberg. Das Reichsstrafgesetzbuch. 3. Aufl. 1925.

E 19. Entwurf von 1919 nebst Denkschrift (Entwürfe 2. und 3. Teil) 1920.

Finger. Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. 1. Bd. 1904.
Das Oesterreichische Strafrecht. 1. Bd. 3. Aufl. 1912.

Frank. Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 17. Aufl. 1926.

GE. Gegenentwurf zum VE. eines deutschen StGB. nebst Begr. 1911.

Gerland. Der Entwurf 1925. Allg. Teil 1925.
Kritische Bemerkungen zum Allgem. Teil des Strafgesetzentwurfs von 1919, 1921.
Die Selbstverletzung und die Verletzung des Einwilligenden. VD. Allg. Tl. 2. Bd. 1908.

Geyer. Grundriß zu Vorlesungen über gemeines deutsches Strafrecht 1884.
Zur Revision der Bestimmungen des Reichsstrafgesetzbuches über Körperverletzungen. Ger. S. Bd. 26, S. 272 fg.
Hälschner. Das gemeine deutsche Strafrecht 1881.
Der Zweikampf im Verhältnis zur Tötung und Körperverletzung. Ger. S. Bd. 35 S. 161 fg.
Heilborn. Der Agent provocateur 1901.
Heimberger. Strafrecht und Medizin 1899.
v. Hippel. Deutsches Strafrecht 1. Bd. 1925.
Hofert. Die Bedeutung der Einwilligung bei Delikten gegen Leib und Leben. Diss. Heidelberg 1923 (Maschinenschrift).
Holer. Die Einwilligung des Verletzten. Diss. Zürich 1906.
Honig. Die Einwilligung des Verletzten. Teil I. 1919.
Hubrich. Das Züchtigungsrecht in seiner strafrechtlichen Bedeutung. Ger. S. Bd. 46 S. 161 fg.
Joski. Die Einwilligung des Verletzten. Diss. Erlangen 1899.
Kahl. Der Arzt im Strafrecht. Z.St.W. Bd. 29 S. 351 fg.
Karding. Straflose vorsätzliche Körperverletzungen bei Bewegungsspielen. Diss. Leipzig 1902.
KE. Entwurf der Strafrechtskommission 1913 (Entwürfe 1. Teil) 1920.
Keßler. Die Einwilligung des Verletzten in ihrer strafrechtlichen Bedeutung 1884.
Kritische Bemerkungen zu Bindings Lehre von der Einwilligung des Verletzten. Ger. S. Bd. 38 S. 561 folg.
Kiehl. Die Einwilligung eines Minderjährigen nach dem geltenden Strafrecht. Goltd. Arch. Bd. 54 S. 357 fg.
Klee. Selbstverletzung und Verletzung eines Einwilligenden. Goltd. Arch. Bd. 48 S. 177 fg., Bd. 49 S. 246 fg., Bd. 50 S. 364 fg.
Köhler. Deutsches Strafrecht. Allg. Teil 1917.
Kronecker. Die Strafbarkeit der studentischen Schlägermensuren. Ger. S. Bd. 35 S. 201 fg.
v. Liszt-Schmidt. Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. 25. Aufl. 1927.
Löffler. Die Körperverletzung. VD. Bes. Teil. Bd. 5 S. 241 fg. 1905.
Maey. Das Delikt der Körperverletzung und sein Verhältnis zum Einwilligungsproblem. Diss. Leipzig 1921 (Maschinenschrift).
Mannheimer. Die Einwilligung in eine Körperverletzung. Diss. Heidelberg 1911.
Mayer, M. E. Der allgemeine Teil des Deutschen Strafrechts 1915.
Merkel-Liepmann. Die Lehre von Verbrechen und Strafe 1912.

Meß. Zur Frage der Einwilligung des Verletzten im Strafrecht. Diss. Rostock 1913.

Mezger. Die subjektiven Unrechtselemente. Ger. S. Bd. 89 S. 207 fg.

Nagler. Ist die Schlägermensur als Zweikampf strafbar? Ger. S. Bd. 94 S. 72 fg.

Nathan. Ueber den Ausschluß der Rechtswidrigkeit im Strafrecht. Strafr. Abh. Heft 206, 1923.

v. Olshausen. Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 2. Bd. 11. Aufl. 1927.

Oppenhoff-Delius. Kommentar zum Strafgesetzbuch. 14. Aufl. 1901.

Pfersdorff. Die Einwilligung des Verletzten als Strafausschließungsgrund. Diss. Straßburg 1897.

Rödenbeck. Volenti non fit iniuria. Ger. S. Bd. 3 S. 124 fg. Der Zweikampf im Verhältnis zur Tötung und Körperverletzung 1883.

RtV. Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches (Reichstagsvorlage) nebst Begr. und 2 Anl. 1927.

Sauer. Grundlagen des Strafrechts 1921.

Schäfer. Die Einwilligung des Verletzten insbesondere bei Körperverletzungen. Diss. Erlangen 1913.

Schmidt, R. Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes für verletzende Eingriffe 1900.

Schrey. Der Gegenstand der Einwilligung des Verletzten. Strafr. Abh. Heft 248. 1928.

Schütze. Lehrbuch des deutschen Strafrechts 1874.

Stooß. Chirurgische Operation und ärztliche Behandlung 1898. Lehrbuch des Oesterreichischen Strafrechts. 2. Aufl. 1913.

Träger. Die Einwilligung des Verletzten und andere Unrechtsausschließungsgründe im zukünftigen Strafgesetz. Ger. S. Bd. 94 S. 112 fg.

Ullmann. Zur Frage über die Bedeutung der Einwilligung im Strafrecht. Ger. S. Bd. 37 S. 529.

VE. Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch nebst Begr. 1909.

Wachenfeld. Lehrbuch des deutschen Strafrechts 1914.

v. Wächter. Deutsches Strafrecht. Vorlesungen 1881.

Wiebeck. Der Versuch bei der Tötung auf Verlangen und die in Ausführung dieses Versuchs begangenen Körperverletzungen. Diss. Rostock 1900.

Zitelmann. Der Ausschluß der Rechtswidrigkeit. Arch. Ziv. Prax. Bd. 99 S. 1 fg. 1906.

II. Zeitschriften und Sammelwerke.

Arch. Ziv. Prax. Archiv für die Civilistische Praxis, herausgegeben von Rümelin, Wendt usw.

Bay Ost L G. Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichtes.

Entwürfe. Entwürfe zu einem Deutschen Reichsstrafgesetzbuch. Veröffentlicht auf Anordnung des Reichsjustizministeriums 1920.

Ger. S. Der Gerichtssaal.

Goltd. Arch. Goltdammer, Archiv für Strafrecht und Strafprozeß.

Holtzd. Hdb. v. Holtzendorf Handbuch des deutschen Strafrechts 1874.

HRR. Höchstrichterliche Rechtsprechung. Vereinigte Entscheidungssammlung.

JW. Juristische Wochenschrift.

RG. Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen.

Strafr. Abh. Strafrechtliche Abhandlungen, herausgeg. von Schötensack.

Z. St. W. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.

Einleitung.

Eine heiß umstrittene Frage ist die nach der strafrechtlichen Bedeutung der Einwilligung in eine Körperverletzung. Ganze Bibliotheken sind darüber geschrieben worden, ohne daß es gelungen wäre, eine Einigung zu erzielen. Allenfalls könnte man es unternehmen, diejenigen Rechtsgelehrten, die hinsichtlich irgendeiner Seite des Problems zu gleichen Ergebnissen gelangten, zu „Richtungen" zusammenzufassen; aber auch da wird man zur betrüblichen Erkenntnis gelangen, daß die Wege, auf denen diese gleichen Ergebnisse erzielt wurden, meist durchaus verschiedene sind, so daß von seiten der also behandelten Vertreter der Strafrechtswissenschaft wahrscheinlich eine entrüstete Zurückweisung einer solchen Einreihung zu erwarten wäre.

Was sind nun die Gründe für diese lebhafte Anteilnahme am Einwilligungsproblem? Es sind deren sehr viele: Als Hauptgrund ist der enge Zusammenhang dieser Frage mit der Lehre von der Rechtswidrigkeit [1]) und anderen Fundamenten des Strafrechts anzusehen. Ein weiterer wichtiger Grund ist die ungeheuere Vielseitigkeit der Frage, die wie ein kunstvoll geschliffener Diamant aus zahlreichen Schnittflächen ihre Streiflichter nach allen Seiten wirft. Jeder einzelne vom Einwilligungsthema auslaufende Pfad ist daher von namhaften Forschern bis ans Ende verfolgt worden. Schließlich sei noch die große praktische Bedeutung der Frage genannt [2]); es sei nur vorweg auf ihren Zusammenhang mit der Frage der Rechtmäßigkeit des ärztlichen Eingriffes, die Behandlung des Zweikampfes mit nicht-tödlichen Waffen, sowie der zahlreichen Körperverletzungen bei Bewegungsspielen und Schaustellungen hingewiesen. Diese erhebliche praktische Bedeutung führte zu einer Reihe von wichtigen Entscheidungen des höchsten deutschen Gerichtshofes, die die Wissenschaft zu entschiedenem Widerspruch herausgefordert haben, so daß der Streit auch von dieser Seite immer neue Impulse erfuhr und so niemals zur Ruhe kommen konnte.

Es gibt fast kein Delikt im geltenden Recht sowohl, wie in den Entwürfen zum künftigen Reichsstrafgesetzbuch, für das die Einwilligung nicht ihre spezifische Bedeutung erlangen könnte, sei es, daß ihr Vorliegen die Erfüllung des Tatbestandes verhindert, oder daß es die Rechtswidrigkeit der sonst strafbaren Handlung ausschließt. Wie schon die obigen Beispiele zeigen,

[1]) Vgl. dazu Holer, der S. 9 bemerkt, daß die Untersuchung des Einwilligungsproblems einen besonderen Anreiz bildet, „weil es tiefe Einblicke in das Wesen des Rechts, vor allem des Strafrechts gewährt und Fragen von prinzipieller Bedeutung aufrollt".

[2]) Vgl. Honig in seinem Vorwort S. I; Träger Ger.S. Band 94 S. 118 u. v. a.

liegt die weitaus wichtigste Anwendungsmöglichkeit der Einwilligung des Verletzten auf dem Gebiete der Körperverletzung [3]), sodaß sich eine abgetrennte Behandlung dieses Komplexes sehr wohl verlohnt. Das ist denn auch von einer Reihe von Schriftstellern erkannt worden, die über die Frage der Einwilligung in die Körperverletzung mehr oder minder gründliche Untersuchungen anstellten. Sie beschränken sich jedoch in der Hauptsache auf die Erörterung des heute geltenden Rechts.

Inzwischen ist der Werdegang des künftigen RStGB. mit der Reichstagsvorlage von 1927 zu einem Abschluß gebracht, der eine sichere Voraussage der Entwicklung des Rechtes auf unserem Gebiete zuläßt. Es verlohnt sich darum sicherlich, von dieser Warte aus noch einmal rückschauend den Stand der Frage nach dem heute geltenden Recht und nach den Entwürfen zum kommenden Strafgesetz zu übersehen. Es bestehen auch Wechselbeziehungen zwischen diesen beiden Elementen. Denn auf der einen Seite mußten die Entwürfe wohl oder übel in eine positive oder negative Würdigung der zahlreichen Reformvorschläge eintreten, die sich aus den Nöten des geltenden Rechts ergaben — mit Stillschweigen konnten sie jedenfalls nicht darüber hinweggehen. Auf der anderen Seite muß das, was die einzelnen Schriftsteller aus den Vorschriften des heutigen StGB. hinsichtlich der einzelnen Erfordernisse der Einwilligung, des Grundes und vor allem des Begriffes der Einwilligung gewonnen haben, in fast unvermindertem Maße auch für die Entwürfe gelten, haben sie sich doch einzig darauf beschränkt, die Grenzen der Wirksamkeit der Einwilligung festzulegen, soweit sie überhaupt eine positive Bestimmung über die Einwilligung geben.

Die Ziele der vorliegenden Arbeit lassen sich zusammenfassen in der Beantwortung der Doppelfrage: „Läßt sich aus dem geltenden Recht der Ausschluß der Rechtswidrigkeit einer Körperverletzung durch die Einwilligung des Verletzten entnehmen und wie stellen sich die Entwürfe zur Einwilligung bei der Körperverletzung?“

Mit dieser Fragestellung ist für die Behandlung des Themas zugleich eine natürliche Zweiteilung gegeben. Da sich die Untersuchung aber nur auf eine einzelne Deliktsgruppe, nämlich die Körperverletzung erstrecken soll und da ferner die allgemeinen Gesichtspunkte und Ergebnisse der Einwilligungslehre, wie bereits angedeutet, für jene beiden Teile in gleicher Weise Geltung haben müssen, so hat der Untersuchung über die Wirksamkeit der Einwilligung bei der Körperverletzung in den zugrunde liegenden Gesetzgebungswerken eine allgemeine Erörterung des Wesens und der Erfordernisse der Einwilligung voraufzugehen — womit wir zu einer Gliederung unserer Abhandlung in drei Hauptteile gelangt sind.

[3]) Auf den gegenteiligen Standpunkt stellt sich der VE., wenn Begründung Bd. 2 S. 659 behauptet wird, daß der Einwilligung gerade bei der Körperverletzung eine geringe praktische Bedeutung zukomme. Diese Ansicht ist nur dann verständlich, wenn man sie als einen, allerdings mißglückten Rechtfertigungsversuch der einwilligungsfeindlichen Haltung des VE. ansieht.

Ein Zurückgreifen auf die historische Entwicklung auf diesem Gebiet erscheint dabei nicht angezeigt, denn welche Bedeutung dem aus einer Digestenstelle Ulpians abgeleiteten Rechtssatz „Volenti non fit iniuria" im Laufe der Zeit beigelegt worden ist, hat weder für das geltende Recht noch für die Entwürfe einen entscheidenden Einfluß. Die Betrachtung gerade des Werdens der Strafrechtsreform wird uns zeigen, daß hier der Satz Geltung hat: Tempora mutantur, nos et mutamur in illis. Die gegenüber früher veränderte Auffassung des Strafrechtes durch die Neuzeit ergibt zur Genüge die Bedeutungslosigkeit geschichtlicher Erörterungen für unser Thema — so interessant eine solche Betrachtung auch vom dogmengeschichtlichen, ja sogar geistes- und kulturgeschichtlichen Standpunkte wäre. Andererseits vermögen uns die verschiedenen früher geübten Betrachtungsmethoden unseres Problems einen gangbaren Weg zu seiner Lösung nicht zu weisen, denn wie v. Liszt[4]) mit Recht betont, ist es verfehlt, hier allgemeine Grundsätze aufstellen zu wollen. Die früher aufgestellten Theorien aber haben diesen Fehler begangen, indem sie Anleihen bei der Rechtsphilosophie machten, während unser Problem nur an Hand einer genauen Betrachtung des positiven Rechtes seiner Lösung entgegengeführt werden kann. „Die Aufstellung allgemeiner Prinzipien kann bei der Verschiedenartigkeit der verschiedenen Delikte nicht zum Ziele führen. Es muß vielmehr bei jedem einzelnen Delikt eine Einzeluntersuchung angestellt werden." [5])

Est ist das unbestreibare Verdienst Keßlers[6]), als erster auf die Notwendigkeit dieser Einzeluntersuchungen hingewiesen zu haben. Nur mit Hilfe einer „gesunden Auslegungskunst" könne man dort, wo das Gesetz schweige, „praktisch brauchbare Resultate" erlangen. In erster Linie müsse man, um die Wirkung der Einwilligung festzustellen, den erkennbaren Zweck der einzelnen Strafbestimmungen zugrunde legen. „Je nachdem, ob dieser Zweck die Bestrafung auch der gegen den Einwilligenden verübten Tat erfordert oder nicht, wird das eine oder das andere als der Wille des Gesetzes anzunehmen sein." Aus dem Zwecke der Strafbestimmungen ergibt sich zugleich, welches Objekt von ihnen geschützt wird[7]). Haben wir darüber erst Klarheit erlangt, so erkennen wir auch das Verhältnis des Einwilligenden zu dem Rechtschutzobjekte und daraus wiederum die Wirkung der Einwilligung. Damit sind die Ausgangspunkte unserer Untersuchung gekennzeichnet.

---

4) S. 204 (§ 35 IV).

5) Joski S. 6 fg.; vgl. Keßler S. 31: „. . . . . man wird es aufgeben müssen, aus philosophischen Betrachtungen über den moralischen und rechtlichen Charakter der Verletzung des Einwilligenden eine Antwort auf die Frage zu gewinnen, ob sie in den Fällen, in welchen das Gesetz sich nicht klar ausspricht, mit Strafe bedroht sei oder nicht."

6) S. 31 fg.

7) Joski S. 7.

I. Hauptteil.

Die Einwilligung im allgemeinen.

I. Abschnitt.

Die Rechtswidrigkeit.

§ 1. Allgemeines.

Das Wesen der Rechtswidrigkeit ist neben der Irrtumslehre wohl das am lebhaftesten umstrittene Problem der Strafrechtslehre [8]). Im Rahmen dieser Untersuchung kann natürlich auf die zahlreichen, in der juristischen Wissenschaft vertretenen Theorien nicht eingegangen werden. Nur soviel läßt sich mit Bestimmtheit sagen, daß jedes Zuwiderhandeln gegen ein vom Gesetz aufgestelltes Gebot oder Verbot als rechtswidrig anzusehen ist. Die Rechtswidrigkeit gehört unstreitig als objektives Merkmal zum allgemeinen Tatbestande jeder Norm. Der gesetzliche Tatbestand läßt einen Schluß auf die Rechtswidrigkeit der ihm konformen Handlung zu; dieser Schluß kann jedoch trügerisch sein: er ist es insbesondere dann, wenn dem Täter ein Rechtfertigungsgrund (Unrechtsausschließungsgrund, negatives Tatbestandsmerkmal) zur Seite tritt. Man kann also sagen: Die gesetzlichen Tatbestände haben die indizierende Funktion der Rechtswidrigkeit des ihnen entsprechenden Verhaltens, was Köhler [9]) so ausdrückt: „Man kann als gewöhnlich zutreffend die Annahme vertreten, daß die in ihrer Rechtmäßigkeit von irgend jemand bezweifelte Handlung auch rechtswidrig war, sofern sie einen strafgesetzlichen besonderen Tatbestand erfüllt." Diese „Rechtswidrigkeitserklärung" durch die gesetzlichen Tatbestände gilt aber nur insoweit, als ihnen nicht ein allgemeiner und darum stärkerer Rechtssatz entgegensteht, der sie aufhebt oder einschränkt, indem er einen Rechtfertigungsgrund für das tatbestandsmäßige Verhalten einführt [10]). Wird durch einen solchen Rechtssatz die Norm aufgehoben, so entfällt damit auch die Strafbarkeit der Handlung. „Denn strafbar kann nur sein, was rechtswidrig ist." [11]) Vom geltenden Strafgesetz geregelte Fälle des Ausschlusses der Rechtswidrigkeit bilden Notwehr (§ 53) und Not-

[8]) Vgl. Hold v. Ferneck Die Rechtswidrigkeit Bd. 1 (1903; insbes. seine ironische Aufstellung der 22 verschiedenen Bedeutungen des Wortes „an sich" bzw. „objektiv rechtswidrig" in der Literatur auf S. 399 fg.

[9]) S. 98.

[10]) Frank StGB. I S. 4; vgl. ferner RG. Bd. 25 S. 378; „Objektiv rechtswidrig ist jedes an sich normwidrige Handeln solange dem Handelnden nicht ein die Norm einschränkendes, selbständiges Recht zur Seite steht."

[11]) Frank STGB. I S. 3.

stand (§ 54). Es ist jedoch anerkannten Rechtes, daß der Allgemeine Teil keine Kodifikation der Unrechtsausschließungsgründe geben will, sondern daß wir sie auch außerstrafrechtlichen Rechtssätzen und neben dem gesetzten auch dem ungesetzten Rechte entnehmen können. Endlich können sie auch den der Rechtsordnung als Ganzem zugrunde liegenden Gedanken entnommen werden." [12]) Läßt sich der Nachweis erbringen, daß auch die Einwilligung des Verletzten ein — wenn auch gesetzlich nicht ausdrücklich geregelter — Rechtfertigungsgrund ist, so folgt hieraus die Rechtmäßigkeit und daraus wieder Straflosigkeit der mit Einwilligung vorgenommenen Handlung.

Die rechtswidrige Handlung stellt sich, wie noch näher zu begründen sein wird, als ein Angriff auf die durch das Strafrecht geschützten Interessen des einzelnen oder der Gesamtheit dar. Diesem Angriff begegnet das Gesetz dadurch, daß es dem einzelnen gebietet, sein Verhalten so einzurichten, daß diejenigen Güter, an deren Erhaltung irgendein beachtenswertes öffentliches Interesse besteht, unversehrt bleiben [13]). Wir sehen also: Eine Handlung erscheint dann als rechtswidrig, wenn sie einem derartigen Interesse zuwiderläuft und gleichzeitig eine vom Gesetzgeber errichtete Norm verletzt. Eine solche Handlung wird vom Rechte aus dem Grunde verboten, weil sie ein geordnetes menschliches Zusammenleben stört.

Nun zeigt ein Blick ins Strafgesetz, daß die geschützten Interessen im wesentlichen solche der Gesamtheit oder des einzelnen sind. Daß der Staat durch seine bedeutsamste Funktion, die Gesetzgebung, seine eigenen Interessen vor störenden Angriffen zu bewahren trachtet, erscheint ohne weiteres als einleuchtend. Nicht so klar dagegen liegt der Fall dort, wo das Gesetz eine Schutzmauer um die Interessen lediglich des einzelnen errichtet. Der Grund hiefür kann nur der sein, daß der Staat gewissermaßen als Gegenleistung für seine recht zahlreichen Forderungen an das Individuum („Gut und Blut"), diesem seine Machtmittel zur Verfügung stellt, um dessen vom Standpunkte des Gemeinwesens nichtige, für den einzelnen aber hochbedeutsame Belange vor gewissen Beeinträchtigungen zu bewahren. Freilich ist diese Scheidung in Einzel- und Gesamtheitsinteressen eine rohe, doch wird sie der tatsächlichen Lage gerecht und so kann man mit Keßler [14]) ruhig daran festhalten, daß das Gesetz lediglich im Interesse des Hinz und nicht des Gemeinwesens dem Kunz verbietet, jenem die Fenster einzuwerfen; wie denn auch umgekehrt der Versuch, einen Gebietsteil des Reiches loszureißen, nicht im Interesse des Hinz oder Kunz, sondern des Deutschen Reiches verboten ist. Die Härte dieser Scheidung in öffentliche

[12]) Schrey S. 20; einen andern Standpunkt nehmen das Reichsgericht Bd. 2 S. 443 ein, sowie Hälschner Ger.S. Bd. 35 S. 179. Das RG. behauptet l. c., aus dem Schweigen des Allgemeinen Teils ergebe sich, daß die Einwilligung des Verletzten als Unrechtsausschließungsgrund nicht bestehe; also quod non est in lege (expressis verbis!), non est in mundo.

[13]) v. Liszt-Schmidt S. 173 (§ 32 A 2).

[14]) S. 60.

und private Interessen wird durch die unleugbare Tatsache gemildert, daß die Wohlfahrt der Gesamtheit naturnotwendig auch die des einzelnen ist und umgekehrt. Man wird aber stets ein Augenmerk darauf zu richten haben, welche der beiden Interessengruppen im Einzelfalle überwiegt.

„Bei den Verbrechen nun, wo unmittelbar nur oder doch ganz vorzugsweise die Interessen des Einwilligenden durch die Handlung betroffen werden, wo der Staat mithin nur die Aufgabe hat, dem Verletzten für die ihm widerfahrene Unbill Genugtuung zu verschaffen, liegt für den Gesetzgeber kein Anlaß vor, die mit Strafe bedrohte, d. h. tatbestandsmäßige Handlung noch als rechtswidrige zu behandeln, falls der unmittelbar durch sie Betroffene ihrer Begehung im voraus zugestimmt, sie erlaubt hat." [15]) Diese Formulierung Trägers [16]) enthält den entscheidenden Gesichtspunkt, daß die Wirksamkeit der Einwilligung von dem Einfluß abhängig ist, den der Einwilligende auf das von der strafbaren Handlung angegriffene Objekt auszuüben vermag [17]). Wir nennen dieses Objekt das Schutzobjekt der Strafrechtssätze. Zunächst gilt es nun, die juristische Natur des Schutzobjektes festzustellen, damit wir bei jeder einzelnen Handlung prüfen können, welche rechtliche Macht dem einzelnen über das angegriffene Objekt zusteht.

§ 2.

Das Objekt des Rechtsschutzes.

„Alles Recht ist um der Menschen willen da. Es bezweckt den Schutz menschlicher Lebensinteressen. Interessenschutz ist das Wesen des Rechts." [18]) Mit diesen Worten ist der Gegenstand des Rechtsschutzes im Sinne der herrschenden Ansicht [19]) zum Ausdruck gebracht. Dabei ist unter Interesse der innere Anteil zu verstehen, den man an etwas nimmt. [20]) Aehnliche Formulierungen sind: „Die Anteilnahme des Willens an etwas" [21]), „die Beziehung zwischen meinem Willen und einem Gut" [22]), „die Beziehung zwischen einem Rechtssubjekt und einem Rechtsgut" [23]). Der Begriff des Interesses hat allerdings zwei Seiten; die eine ist die psychische Beziehung des Subjektes zu der Tatsache des Eintritts oder Nichteintritts eines für ein Gut dieses Subjektes vorteilhaften, bzw. nachteiligen Ereignisses [24]),

[15]) Vgl. die umfassende Aufzählung der Vertreter dieses Grundgedankens, die nur in der Formulierung voneinander abweichen, bei Schrey S. 2 N. 8.
[16]) Ger.S. Bd. 94 S. 114.
[17]) Vgl. Honig S. 29.
[18]) v. Liszt-Schmidt S. 4.
[19]) Vgl. Schrey S. 2.
[20]) So Schrey S. 21.
[21]) Mezger Ger.S. Bd. 89 S. 247 fg.
[22]) Pfersdorff S. 8.
[23]) Nathan S. 17.
[24]) So Keßler S. 50

die andere besteht in der unmittelbaren psychischen Beziehung zum Gute, in seiner Wertschätzung, in der Erkenntnis der Werthaftigkeit eines Gutes, z. B. der Körperintegrität für die Wohlfahrt des Individuums. Diese letztere Auffassung hat zweifellos v. Liszt bei der von ihm gebrauchten Wortverbindung Lebensinteresse im Auge, denn er bezeichnet [25]) die persönliche Freiheit, das Hausrecht, das Briefgeheimnis usw. als Lebensinteressen. Aus der Tatsache nun, daß das Gesetz nicht jede für ein solches Lebensinteresse nachteilige menschliche Handlung unter Strafe stellt, folgern andere [26]), daß das Interesse für den Gesetzgeber nur in seiner Beziehung auf den Eintritt oder das Unterbleiben eines bestimmten menschlichen Verhaltens in Frage komme. Dies ist insoferne unrichtig, als sich der Gesetzgeber vor die Notwendigkeit gestellt sieht, Tatbestände zu schaffen und somit das Strafgesetz zur „Magna Charta des Verbrechers" zu machen. Es besteht das Bedürfnis, bestimmte, als gesellschaftsschädlich erkannte Handlungen unter Strafzwang zu verbieten, weil sie durch ihr häufiges Vorkommen erfahrungsgemäß besonders geeignet sind, Gesellschaftswerte anzugreifen. Aber nicht das Rechtsgut als solches ist schutzwürdig, sondern nur das Interesse, das der Mensch an dem Gute nimmt, denn „nur um der Menschen willen ist alles Recht da". Stets sind es also bestimmte Interessen, auf die sich der Strafrechtsschutz erstreckt. Ein Rechtsschutz, der nicht zugleich Interessenschutz wäre, besteht nicht. [27]) Allerdings macht sich auch der einer Sachbeschädigung schuldig, der eine Sache zerstört, ohne daß er ein Interesse des Eigentümers verletzt hätte, etwa weil dieser die Versicherungssumme vorzieht. Ein solcher Ausnahmefall kann aber nichts gegen die Richtigkeit unserer Behauptung besagen, denn in der Vorstellung des Gesetzgebers verletzt jede tatbestandsmäßige Handlung ein Interesse, das geschützt werden muß. Sonst wäre die Norm nicht erlassen worden [28]). Manche [29]) gehen nun einen Schritt weiter und sagen, daß aus Fällen, von denen der eben angeführte einer wäre, zu schließen sei, daß neben dem Interesse auch das Rechtsgut als Objekt des Rechtsschutzes anzusehen sei. Dem ist aber nicht beizutreten. Die Normen des Gesetzes können sich nur mit den regelmäßigen Erscheinungen des menschlichen Lebens befassen; sie sind generalisierend. Auf seltene Einzelfälle kann das Recht keine Rücksicht nehmen, auf jedes Sonderinteresse kann es nicht eingehen; es muß ihm vollständig gleichgültig sein, ob ein allgemein für wertvoll gehaltenes Gut dem einzelnen ein Gut ist oder nicht. Man kann somit sehr wohl zu dem Ergebnis kommen, daß auch einmal ein fiktives Interesse geschützt wird. Ein Vergleich mag dies veranschaulichen: In den Städten werden die Straßen allnächtlich von einer Zentrale aus beleuchtet. Zweck dieser Maßnahme ist, die Sicherheit der einzelnen Straßenpassanten zu gewährleisten. Nun kann sich der Fall ereignen, daß in einigen ver-

25) Lb. S. 5.
26) z. B. Keßler S. 50.
27) So auch Joski S. 10.
28) Joski S. 11.
29) Z. B. Blume S. 10 unter Berufung auf Joski S. 11 fg.

lorenen Villenbezirken dieser Stadt von Abend bis Morgen kein einziger Mensch die Straße begeht. Trotzdem sperrt die Zentrale die Beleuchtungseinrichtungen dieser Straße nicht ab, da es ihr unmöglich ist, solchen Einzelerscheinungen nachzugehen. Lieber soll das Licht einmal umsonst brennen. Deshalb wird aber kein Mensch behaupten wollen, die Zentrale beweise durch ihr Verhalten, daß sie nicht allein die Sicherheit der Straßenpassanten im Auge habe, sondern es komme ihr daneben darauf an, die toten Gegenstände jener einsamen Villenstraße des Lichtes teilhaftig werden zu lassen!

Von den jüngeren Schriftstellern betrachtet allein noch Holer[30]) das Rechtsgut als Rechtsschutzobjekt, und zwar als ausschließliches Objekt. Das Interesse sei als Rechtsschutzobjekt zu verwerfen, sowohl deshalb, weil es dem Wesen des Rechtes widerspreche, als auch, weil es eines Schutzes gar nicht bedürfe, da es unverletzlich sei, denn es sei ein Gefühl. Es würde zu weit führen, im Rahmen dieser Abhandlung zu den Ausführungen Holers im einzelnen Stellung zu nehmen. Nur soviel sei gesagt, daß in der Annahme des Interesses als strafrechtliches Schutzobjekt kein Widerspruch mit dem Wesen des Rechtes zu erblicken ist. Wie schon oben aufgeführt, schützt die Rechtsordnung das Leben, die Gesundheit, die Freiheit, die Ehre, das Vermögen, aber nicht als abstrakte Güter, sondern nur wegen ihrer Beziehung zu bestimmten Individuen, für die diese Güter einen Wert bedeuten.

Es muß daher das Interesse als das alleinige Rechtsschutzobjekt betrachtet werden. Die herrschende Meinung hat diesen Satz anerkannt, so daß das Wort „Rechtsgut" als terminus technicus freigeworden ist. Es ist daher nichts dagegen einzuwenden, wenn v. Liszt-Schmidt[31]) neuerdings das Wort in anderem, als dem früheren Sinne in Anspruch nimmt und die rechtlich geschützten Interessen als Rechtsgüter bezeichnet. „Alle Rechtsgüter sind Lebensinteressen." Hierin ist nicht eine Gleichsetzung von Rechtsgut und Interesse zu erblicken, sondern eine Identifizierung von Rechtsschutzobjekt und Rechtsgut. Was das Recht schützen will, sieht es als wertvoll an, mithin als Gut. Damit faßt er den Begriff des Rechtsguts nicht mehr gegenständlich, sondern als Beziehung[32]).

Welche Bedeutung hat nun die Erkenntnis, daß das Interesse als das Schutzobjekt der Strafrechtssätze anzusehen ist, für unser Problem? Wie wir bereits oben bei der Erörterung der Rechtswidrigkeit festgestellt haben, erscheint eine Handlung dann als rechtswidrig, wenn sie den Interessen des einzelnen oder einer Vielheit zuwiderläuft und gleichzeitig eine vom Gesetzgeber zum Schutze eben jener Interessen errichtete Norm verletzt. Derjenige nun, gegen dessen rechtlich geschützte Interessen die Handlung verstößt, ist der „Verletzte". Diese Interessen können aber durch einen Willensakt des jeweiligen Interessenten aufgehoben werden und es entfällt damit die Strafbarkeit der Tat. Ein solcher Willensakt findet jedesmal dann statt, wenn von einer „Einwilligung des

30) S. 42.
31) S. 4.

Verletzten" gesprochen wird. Denn die Einwilligung in eine Handlung — soviel kann man schon vor einer näheren Bestimmung des Begriffes mit Sicherheit sagen — setzt ein Aufhören derjenigen Interessen voraus, welche gegen diese Handlung geschützt werden sollen [33].

Für unsere Frage ergibt sich daraus folgendes: Als Rechtsschutzobjekt kommen die an der Erhaltung der körperlichen Unversehrtheit bestehenden Interessen in Betracht. Es ist daher weiter zu prüfen, ob die Einwilligung des Verletzten den Rechtsschutz beseitigen kann, d. h. ob sie die bei der Körperverletzung in Frage kommenden Interessen wirksam aufzuheben vermag, wodurch der Ausschluß der Widerrechtlichkeit und als deren Folge die Straflosigkeit der Körperverletzung bewirkt würde.

II. Abschnitt.

Der Begriff und die Erfordernisse der Einwilligung.

§ 1. Der Begriff der Einwilligung.

Der zweite Problemkreis, der nun zu betrachten ist, umfaßt die Fragen nach dem Begriff der Einwilligung und ihren Erfordernissen. — Das Verdienst, als erster in aller Schärfe die Notwendigkeit einer solchen Untersuchung für jede Diskussion des Einwilligungsproblems herausgestellt zu haben, gebührt Keßler [34], mag auch sonst, von der Parteien Haß und Gunst verwirrt, sein Charakterbild in der Geschichte schwanken [35]. Seine Klage, daß man bisher diese Seite des Problems so gänzlich vernachlässigt habe, sollte nicht ungehört verhallen, denn in der Folge tauchten zahlreiche mehr oder minder voneinander abweichende Definitionen auf.

Gehen wir zuerst von Keßlers Begriffsbestimmung aus [36]: „Einwilligung ist die erklärte Uebereinstimmung des Willens einer Person mit der, abgesehen von dieser Erklärung, zum Schutze eines Interesses des Erklärenden bei Strafe verbotenen Handlung eines anderen." Keßler glaubte nun, es werde sich hiergegen ein prinzipieller Widerspruch nicht erheben [37]. Hierin sollte er sich jedoch getäuscht sehen, denn bald darauf erhob sich Binding [38]

32) Lb. S. 4 N. 1; vgl. auch v. Liszt Z.St.W. Bd. 8 S. 133 fg., insbesondere S. 151.

33) Vgl. Pfersdorff S. 10; v. Liszt-Schmidt S. 204 § 35 IV; vgl. auch die umfassende Aufzählung der Autoren, welche gleich dem Text die Einwilligung als Interessenpreisgabe auffassen bei v. Liszt-Schmidt S. 204 N. 12.

34) S. 17 fg.

35) Rödenbeck Ger.S. Bd. 37 S. 126 nennt Keßlers Schrift eine wissenschaftliche Tat ersten Ranges. — Binding Hdb. S. 711 N. 12 hält sie für ebenso unrichtig in der Methode, wie in der Darstellung.

36) S. 99.

37) S. 101.

38) Hdb. S. 715.

39) S. 72.

mit der Behauptung, für eine wirksame Einwilligung sei eine Erklärung überhaupt nicht erforderlich, die Willensübereinstimmung brauche überhaupt nicht geäußert zu werden. Binding läßt einen psychischen Vorgang bereits genügen und sieht deshalb die Definition Keßlers als zu eng an. Die seinige lautet: „Einwilligung ist die bewußte Zustimmung des Einwilligenden zu dem Willensakte eines andern." Holer[39]) schließt sich hierin eng an Binding an.

Damit ist der wesentliche Gegensatz zwischen Willenserklärungs- und Willensrichtungstheorie gekennzeichnet. Dieser Theorienstreit birgt eine erhebliche praktische Bedeutung, denn bei der Charakterisierung der Einwilligung als Wissenserklärung können alle inneren Vorgänge, die nach außen nicht erkennbar hervortreten, zur Einwilligung nicht gerechnet werden, wodurch deren Wirkungsfeld enger begrenzt wird[40]). Von der bei weitem überwiegenden Mehrheit der Schriftsteller[41]), wird eine Erklärung der Einwilligung verlangt. Und davon läßt die Mehrzahl auch konkludente Handlungen für die Willenserklärung genügen[42]), wodurch eine Annäherung der beiden Theorien hinsichtlich der Beurteilung der Einzelfälle stattfindet.

In seiner eingehenden Untersuchung über den Gegenstand der Einwilligung des Verletzten nimmt Schrey[43]) auch zu dieser Frage Sellung. Er kommt zu dem Ergebnisse, daß schon aus dem Begriffe der Einwilligung als Interessenpreisgabe mit zwingender Notwendigkeit hervorgehe, daß zur Einwilligung eine innere Willensrichtung genügen müsse. „Ist sonach der Wille des einzelnen als Tragers des Rechtsguts allein entscheidend dafür, ob der sich gegen dasselbe richtende Angriff rechtswidrig ist oder nicht, so folgt daraus, daß der Schuß des Rechtsguts in dem Moment aufhört, die Handlung des Angreifenden dann nicht mehr rechtswidrig ist, wenn der Berechtigte durch eine Willensänderung sein Interesse aufhebt. Dieser Akt vollzieht sich aber rein innerlich und bedarf keiner äußeren Kundgebung."[44]) Diese Deduktion ist wissenschaftlich unangreifbar[45]), besonders da die all-

[40]) Vgl. Gerland VD Allg. Teil Bd. 2 S. 491.

[41]) Vgl. die erschöpfende Aufzählung bei Schrey S. 9 N. 9. — Die bedeutendsten Vertreter der anderen Ansicht sind außer Binding Heilborn S. 176, Holer S. 72 und Mezger Ger.S. Bd. 89 S. 277 fg.

[42]) Vgl. Keßler Ger.S. Bd. 38 S. 567; ders. E. S. 110; Gerland VD Allg. Teil Bd. 2 S. 491; Allfeld S. 141 N. 36; Träger Ger.S. Bd. 94 S. 134 fg. u. a. — Zwei vereinzelte Vertreter der gegenteiligen Ansicht nennt Schrey S. 12 N. 22.

[43]) S. 7 fg.

[44]) S. 22; ebenso v. Liszt-Schmidt S. 204 (§ 35 IV).

[45]) Träger, selbst ein Vertreter der Willenserklärungstheorie, gibt S. 135 zu, daß manches für die Richtigkeit der gegnerischen Ansicht spreche, wobei er besonders die Ausführungen Mezgers in Ger.S. Bd. 89 S. 278 anerkennt. Es sei nicht recht einzusehen, warum sich die Zustimmung nicht innerlich solle vollziehen können. Vor den Folgerungen aus dieser Einsicht rettet er sich durch einen Sprung auf das Gebiet des zukünftigen Strafrechts, indem er mit Recht bemerkt, daß es sich de lege ferenda empfehle, Kundbarmachung der Einwilligung zu fordern. Auch

gemeinen Grundsätze der Rechtswidrigkeitslehre zu ihrer Lösung herangezogen sind, wie Schrey [46]) ausdrücklich bemerkt. Dafür ist dieses Ergebnis aber praktisch völlig unbrauchbar, wobei uns die auf einen Ausnahmefall gestützten gegenteiligen Versicherungen Schreys [47]) nicht zu überzeugen vermögen. Denn „es muß doch (auch wie gleich bemerkt sei: legislatorisch) sehr bedenklich erscheinen, juristische Relevanz einem so unsicheren, im allgemeinen auch unbeweisbaren Vorgang einzuräumen, wie einem bloßen Gedankenvorgang, so daß es in der Tat nicht angängig erscheint, einer bloßen Willensrichtung die Fähigkeit einzuräumen, ... die Rechtswidrigkeit einer Handlung aufzuheben." [48]) [49]) Wir haben gesehen, daß die bloße Willensrichtung diese Fähigkeit tatsächlich besitzt. Aber es ist Gerland zuzugeben, daß die Beweisschwierigkeiten unüberwindliche sind. Ließe man einen rein psychischen Willensvorgang genügen, so würde dem Verletzten ein dem Mißbrauch stark ausgesetztes Begnadigungsrecht eingeräumt werden. Auch kann der Verletzte sich zu leicht über die Ernstlichkeit von Stimmungen täuschen [50]). Denn mangels irgendeines äußeren Anhalts ist die Einwilligung stets nur durch die Zeugenaussage des Einwilligenden feststellbar. Allerdings machen wir, dies ist Schrey [51]) zuzugeben, auch die Strafbarkeit einer Handlung von der Schuld des Täters abhängig, die zu beweisen gar zu oft auf Schwierigkeiten stößt. Jedoch haben wir dafür zahlreiche Anhaltspunkte, z. B. das Geständnis und vor allem die Handlung des Täters selbst. Diese ist zwar keine Willenserklärung, aber sie gestattet doch bestimmte

---

Pfersdorff bemerkt S. 2 N. 1, daß die „Preisgabe des bedrohten Interesses" durch einen rein internen Vorgang erfolgen könne. Diese Preisgabe des Interesses liege aber nur der Einwilligung zugrunde; für ihr Vorliegen sei aber eine Erklärung zu fordern.

[46]) S. 22.

[47]) S. 24.

[48]) Gerland VD Allg. Teil Bd. 2 S. 491. Uebrigens zeigt das von ihm l. c. angeführte Beispiel vom Diebstahl des Papierdrachens, daß das Anwendungsgebiet der wirksamen Einwilligung gar nicht einmal so eng ist, wie die Gegner behaupten. Der Schluß nämlich, den Gerland selbst aus seinem Beispiel zieht, ist falsch. Denn das äußere Verhalten des Eigentümers stellt ein klassisches Beispiel einer Willenserklärung durch konkludentes Verhalten dar, da er ein naheliegendes Einschreiten gegen die Wegnahme des Drachens weder aus Furcht vor den beiden Jungen (Drohung!), noch zum Zwecke der Ueberführung unterläßt. In diesem Sinne Träger Ger.S. Bd. 94 S. 135.

[49]) Dabei gibt Gerland a. a. O. S. 491 zu, daß auch der Sprachgebrauch für die Willensrichtungstheorie ins Feld geführt werden könne. Auch Mezger Ger.S. Bd. 89 S. 276 fg. sieht in dem Gerland'schen Beispiel von dem jovialen „Alten Herrn" eine Einwilligung für gegeben an, doch verurteilt er es, daß „grammatisch-sprachliche Erwägungen über den (im Gesetze gar nicht gebrauchten!) Einwilligungsbegriff" als für das Recht maßgebend zur Erläuterung desselben herangezogen werden. Aber gerade sprachliche Erwägungen müssen zur Erklärung dieses von der Wissenschaft eingeführten Begriffs herangezogen werden, eben deshalb, weil er im Gesetze nicht vorkommt.

[50]) Vgl. v. Bar Ges. Bd. 3 S. 63.

[51]) S. 18.

Schlüsse auf die Beschaffenheit des tragenden Willens. Bei der Fahrlässigkeit nun gar, für deren Beurteilung uns der Maßstab der dem Täter zumutbaren Sorgfalt zu Gebote steht, sind die „Beweisschwierigkeiten“ fast keine solchen mehr. Mannheimer[52] warnt vor der Aufnahme einer auf dem Boden der Willensrichtungstheorie stehenden Definition in ein Strafgesetzbuch, denn sie würde der Anlaß zu häufigen, überhaupt nicht nachweisbaren Meineiden werden und das Gesetz müsse solche Fußangeln, wenn möglich, vermeiden. Sein Wunsch sollte in Erfüllung gehen, denn wie auch nicht anders zu erwarten war, betrachten es die Entwürfe als selbstverständlich, daß die Einwilligung erklärt werden müsse[53], wenn sie diese Erfordernis auch nicht in einer Legaldefinition im Gesetzestext selbst bringen.

Wie schon gesagt, bewegen sich die weitaus meisten Schriftsteller auf dem Boden der Willenserklärungstheorie. Wenn man ihre Gründe ins Auge faßt — soweit sie solche bringen — so zeigt sich, daß sie aus praktischen Erwägungen (unter Anerkennung der prinzipiellen Richtigkeit der Willensrichtungstheorie) am Erklärungserfordernis festhalten[54]. Auch lassen sie zum Teil durchblicken, daß sie ihre Stellungnahme mehr de lege ferenda aufgefaßt wissen wollen[55]. Schon aus folgendem Grunde muß man ihnen zustimmen: Die Rechtsprechung hat es gerade bei der Körperverletzung bis auf die jüngste Zeit hartnäckig abgelehnt, die Einwilligung als Rechtfertigungsgrund anzuerkennen[56]. Die Erkenntnisse der Wissenschaft anzunehmen und zu verwerten, wird sie um so eher geneigt sein, je größer deren praktische Brauchbarkeit ist und eben diese geht der Willensrichtungstheorie ab. Man kann also beinahe sagen, daß Gründe der „Staatsraison“ für die Aufnahme des Erklärungserfordernisses in die Definition sprechen[57].

Den eben erörterten Theorienstreit spiegelt die Definition Honigs[58] wieder, die mit den Worten beginnt: „Einwilligung ist der Ausdruck des Einverständnisses des Erklärenden usw.“ Sie ist insofern ein Fortschritt, als sie dem Umstand Rechnung trägt, daß die Initiative zu der Tat in der Regel vom Handelnden ausgeht[59] und somit den Unterschied zwischen dem „Verlangen“ des § 216 StGB. und der „Einwilligung“ erkennen läßt. Denn in dem Worte Einverständnis tritt die mögliche Zurückhaltung des Einwilligenden in die Erscheinung, außerdem zeigt dieses Wort den inneren psychischen Gehalt des Vorgangs besser auf, als die Wortverbindung „Uebereinstimmung des Willens“. Jedoch

52) S. 26.

53) Denkschrift zum E 19 S. 253; Begründung zum AE S. 124 und damit übereinstimmend Begründung zur RtV S. 134.

54) Vgl. Gerland VD Allg. Teil Bd. 2 S. 491 und Träger Ger.S. Bd. 94 S. 135 fg.

55) Vgl. Gerland a. a. O.

56) Vgl. RG Bd. 2 S. 442, Bd. 6 S. 61, Bd. 41 S. 392.

57) In erkennbaren Ausnahmefällen bedarf die Einwilligung keiner Erklärung; so Köhler S. 410.

58) S. 139.

59) Vgl. Schrey S. 49.

darf man dann nicht wie Hofert weiterfahren und in das Wort „Einverständnis" das Moment hineinlegen, daß der Einwilligende nun mit dem Handelnden durch dick und dünn gehen wolle [60]). Im täglichen Leben — und dessen Sprachgebrauch ist mangels einer durch das Gesetz vollzogenen Bedeutungswandlung auch für uns maßgebend [61]) — versteht man unter Einwilligung nicht ein „Wollen", sondern ein „Zulassen oder Zustimmen" [62]), ein „Sichgefallenlassen" [63]) oder ein „Gestatten oder Nichts-dagegen-haben oder Einverstanden-sein" [64]). Eine Willensübereinstimmung als begriffliches Erfordernis der Einwilligung [65]) lehnen wir ab. In der Regel geht wohl der Verletzte auf einen beim Täter vorhandenen Willen ein; darum ist aber nicht notwendig, daß die Einwilligung auch auf seiten des Verletzten ein Wollen erfordert und zwar ein Wollen dessen, was der Täter will [66]).

Nachdem über diesen Punkt Klarheit erzielt ist, schließt sich die weitere Frage an, wozu diese Zustimmung erteilt wird, was zugelassen wird, womit wir zur Frage nach dem Gegenstand (Inhalt, Objekt) der Einwilligung gelangt sind. Wegen seiner Eindeutigkeit empfiehlt sich die Anwendung des von Honig [67]) geprägten Ausdrucks „Beziehungsobjekt". Es handelt sich dabei um die Beantwortung der Frage, ob sich die Einwilligung auf die Handlung des Täters oder auf den durch sie herbeigeführten Erfolg erstreckt. Eine Definition, die diese Seite des Problems unberücksichtigt läßt, kann nicht den Anspruch auf Vollständigkeit erheben [68]). Unter Handlung verstehen wir nur das eine Willensäußerung enthaltende Tätigwerden, die Betätigung eines inneren Willensvorganges; nicht gleichbedeutend ist also Handlung mit „strafbarer Handlung", die den Erfolg einschließt [69]). Ihr gegenüber steht der Erfolg und zwar der Erfolg i. e. S. als der Inbegriff der durch die Handlung (= Körperbewegung) in der Erscheinungswelt hervorgerufenen erkennbaren Veränderungen [70]).

Alle oben genannten Schriftsteller nun, die wie wir die Einwilligung als Zustimmung definieren, beziehen sie auf den Erfolg der Handlung, teils ausschließlich auf den Erfolg, teils unter Einbeziehung der Handlung. Daß der Erfolg aber nicht Gegenstand

---

60) Hofert S. 20.

61) Vgl. Schrey S. 48 und die von ihm dortselbst N. 53 zitierte Literatur.

62) Schrey S. 50; Holer S. 78; Träger Ger.S. Bd. 94 S. 140 fg.; Allfeld S. 141 N. 29; Köhler S. 412; v. Bar Ges. Bd. 3 S. 60 und Festgabe S. 233; Mek S. 3; Schäfer S. 32; Gerland Krit. Bem. S. 24.

63) Klee Goltd. Arch. Bd. 49 S. 246.

64) Hartwig Ger.S. Bd. 82 S. 317.

65) Vertreter dieser Auffassung sind aufgezählt bei Schrey S. 48 N. 57.

66) Schrey S. 49; Allfeld S. 141 N. 29; Köhler S. 412.

67) S. 172.

68) Vgl. Schrey S. 3.

69) Träger Ger.S. Bd. 94 S. 140.

70) Unter Erfolg i. w. S. ist die mit der Vollendung der Handlung erfolgte Verwirklichung eines gesetzlichen Tatbestandes zu verstehen; vgl. Schrey S. 27.

der Einwilligung sein kann, ist durch Mezger[71]) unangreifbar bewiesen worden: „Es ist einer der grundlegenden Sätze der Rechtfertigungslehre, daß das Recht oder Unrecht einer Tat im Augenblick der Tat feststehen muß und nicht erst nachträglich entschieden werden kann.“[72]) Nun ist es aber unzweifelhaft, daß der Erfolg oft erst lange nach der Handlung des Täters eintritt[73]). Daraus folgt, daß die Einwilligung als Rechtfertigungsgrund immer nur die Handlung zum Gegenstand haben kann, und nicht die Handlung in Verbindung mit ihrem weitergehenden Erfolg[74]). Gegen diese Erkenntnis Mezgers hat sich Träger gewandt[75]), jedoch zu Unrecht. Er anerkennt jenen Satz, daß der rechtswidrige Charakter einer Handlung im Augenblick der Tat feststehen müsse, doch beweise er nicht, was er beweisen solle. Die Einwilligung beziehe sich nämlich auf den Erfolg, der vom Einwilligenden wenigstens als möglicher vorgestellt wird. Und bezüglich dieses Erfolges stehe schon im Augenblick der Tat für den Einwilligenden fest, daß er auf keinen Fall als rechtswidrig verursachter angesehen werden kann. Freilich schütze die Einwilligung den Täter nicht vor der Verantwortlichkeit für den etwa weitergehenden Erfolg, der vom Täter und Einwilligenden nicht vorausgesehen worden sei, vom Täter jedoch hätte vorausgesehen werden können und müssen. Dieser Erfolg sei, weil durch die Einwilligung nicht gedeckt, rechtswidrig. Aber auch bei Trägers Deduktion bleibt die rechtswidrige Qualität der Tat in der Schwebe. Denn ob der Erfolg, den Täter und Einwilligender vorausgesehen haben, eintritt, oder ob ein weitergehender Erfolg eintritt, ist im Moment der Tat nicht erkennbar. Auch die oben genannten Schriftsteller, die richtig die Einwilligung als Zustimmung charakterisieren, betrachten irrtümlich den Erfolg als den Gegenstand der Einwilligung. Dies sehen sie als „selbstverständlich“[76]) an, oder sie behaupten, der Erfolg sei das „juristisch Relevante“[77]) oder „der Kern der Handlung“[78]). Wir sehen daraus, daß auch der richtig erfaßte Begriff der Einwilligung allein nicht imstande ist, die Frage nach dem Beziehungsobjekt zu entscheiden; es muß noch ein anderer Gesichtspunkt hinzutreten. Ihn bietet uns Mezger, der die Einwilligung klassifiziert als einen Rechtfertigungsgrund, der an dem „Prinzip des mangelnden Interesses“ orientiert ist. Es ist der

---

71) Ger.S. Bd. 89 S. 279.

72) Eine bedingte Rechtswidrigkeit kennt das geltende Recht nicht; vgl. RG Bd. 25 S. 383 und RG in JW. 1928 S. 808.

73) Damit rechnet auch das StGB. in § 67 Abs. 4: „Die Verjährung beginnt mit dem Tage, an welchem die Handlung begangen ist, ohne Rücksicht auf den Zeitpunkt des eingetretenen Erfolgs.“ Vgl. Frank zu § 67 Abs. 4. — Aus dem gleichen Grunde kann auch die Verzeihung des Verletzten niemals als Rechtfertigungsgrund in Betracht kommen.

74) Ebenso Schrey S. 41 fg.

75) Ger.S. Bd. 94 S. 142.

76) Träger Ger.S. Bd. 94 S. 140.

77) Z. B. Gerland VD Allg. Teil Bd. 2 S. 492; ihm schließt sich M. E. Mayer S. 291 an.

78) Schäfer S. 53.

Einwilligung eigentümlich, daß sie im Einzelfalle das vom Rechte geschützte Interesse außer Kraft setzt. Aber nicht allgemein wird dieses Interesse ausgeschlossen, sondern nur im Hinblick auf einen bestimmten Täter. Und nicht zu allen Folgen, die durch die Handlung verursacht werden können, wird die Zustimmung erteilt, auch nicht nur zu den Folgen, die vorauszusehen waren: Vielmehr erfolgt die Preisgabe des Interesses nur gegenüber einer bestimmten Handlung des Täters. „Sie allein steht im Augenblick der Einwilligung hinsichtlich ihres Ausmaßes fest, während es immer unbestimmt bleibt, ob ein Erfolg und welcher Erfolg eintritt." [79]

Nun sind wir in der Lage, den Begriff der Einwilligung folgendermaßen zu umschreiben: „Einwilligung ist die Erklärung der Zustimmung zu der Handlung eines anderen."

Im Zusammenhang mit dem Begriff der Einwilligung endlich steht die Frage, ob Einwilligung in fahrlässige Handlungen begrifflich möglich ist. Vorweg ist festzustellen, daß diese Frage gar nicht auftauchen kann, wenn man in der Einwilligung eine Willensübereinstimmung bei Verletztem und Täter sieht [80]. Denn eine gewollte Handlung oder gar ein gewollter Erfolg läßt keinen Platz für Fahrlässigkeit. Die meisten Anhänger der Auffassung jedoch, Einwilligung sei Uebereinstimmung zweier Willen, haben dies übersehen [81]. Diskutabel ist die Möglichkeit einer Einwilligung in Fahrläsgiskeitsdelikte nur dann, wenn man einwilligen gleich „zustimmen oder zulassen" setzt. Und weiter ist die Stellungnahme davon abhängig, ob man die Handlung oder den Erfolg als das Beziehungsobjekt der Einwilligung ansieht. Nur wenn man als solches die Handlung betrachtet, ist Einwilligung auch bei fahrlässigen Handlungen möglich [82]. Dies hat vor allem Keßler [83] betont. Und noch ein weiteres können wir seinen Ausführungen entnehmen: Während wir bisher nur die Frage erörtert haben, ob eine Einwilligung in fahrlässige Handlungen begrifflich

---

79) Schrey S. 51; ähnlich Nathan S. 33: „Die Vorstellung einer bestimmten Handlung ist notwendige Bedingung für die Einwilligung." Vgl. auch Keßler S. 52.

80) Vgl. Schrey S. 52; Allfeld S. 141 N. 29; Köhler S. 412; Schäfer S. 54.

81) Ausnahmen: Breithaupt S. 27 fg.; Gerland S. 492; Hofert S. 20 fg., der auf S. 21 N. 10a bemerkt, man könne nicht von Einwilligung in fahrlässige Handlungen sprechen, sondern höchstens von einer „fahrlässig erteilten" Einwilligung in (sc. vorsätzliche) Handlungen. Dies sei vom streng juristischen Standpunkt aus anfechtbar, entspreche aber dem einfachen Empfinden. Schrey S. 53 N. 71 hat hier Hofert mißverstanden.

82) A. A. Träger Ger.S. Bd. 94 S. 144, der gerade umgekehrt diese Möglichkeit verneint, wenn man die Handlung als den Inhalt der Einwilligung ansieht. Die Fehlerquelle liegt bei Träger darin, daß er die „bestimmte innere Willensrichtung" des Handelnden einem Wollen des Erfolges gleichsetzt, während sie nur einen „guten, d. h. nicht auf einen verletzenden Erfolg gerichteten Willen" darstellt.

83) S. 98 fg.; allerdings müßte er konsequenterweise die Möglichkeit der Einwilligung in Fahrlässigkeitsdelikte verneinen, da er die Einwilligung als Willensübereinstimmung definiert.

denkbar ist — was wir bejahen mußten — so bringt uns Keßler [84] nun auch den Nachweis, daß die Einwilligung bei Fahrlässigkeitsdelikten genau dieselbe Wirkung haben müsse, wie bei vorsätzlichen Handlungen, nämlich den Ausschluß der Widerrechtlichkeit — ein Ergebnis, das sich in Anbetracht der grundverschiedenen Voraussetzungen dieser beiden Erscheinungsformen des Verbrechens nicht ohne weiteres von selbst versteht.

§ 2. Die Erfordernisse der Einwilligung.

Nach der Feststellung des Begriffs der Einwilligung ist eine Untersuchung darüber erforderlich, welchen Voraussetzungen eine rechtswirksame Einwilligung entsprechen muß. Wir haben bereits einige Erfordernisse der strafrechtlichen Einwilligung festgelegt. So muß die Zustimmung stets erklärt werden, was nicht nur ausdrücklich, sondern auch durch schlüssiges Verhalten geschehen kann. Als Verständigungsmittel können auch Zeichen dienen [85]. Es fragt sich, ob die Einwilligung zur Kenntnis des Täters gelangt sein muß. Die Mehrzahl der Schriftsteller verneint diese Frage [86]. Konsequenterweise müssen dies in erster Linie die Vertreter der Willensrichtungstheorie tun [87] [88]. Die Anhänger der Willenserklärungstheorie dagegen sehen sich bei der Beantwortung der Frage nicht prinzipiell festgelegt [89]. Jedoch irrt Gerland [90], wenn er behauptet, wer die Wirkung der Einwilligung — zutreffenderweise — „objektiv" bestimme, sodaß sie das Objekt der Verletzung untauglich macht, dürfe eine Kenntnis des Täters nicht verlangen. Denn die objektive Wirkung der Einwilligung kann sehr wohl von einer Kenntnis des Täters abhängig sein [91] [92].

[84] S 96 fg.

[85] Vgl. Joski S. 23; Keßler S. 110; Breithaupt S. 20; Zitelmann Arch. Ziv. Prax. Bd. 99 S. 62; v. Bar Ges. Bd. 3 S. 62; Hartwig Ger.S. Bd. 83 S. 73. Es ist falsch, sich hierfür auf Binding Hbd. S. 727 zu berufen, wie Hartwig l. c. und Blume S. 22 es tun, denn Binding will mit seiner Behauptung, die Einwilligung in eine Körperverletzung brauche nicht ausdrücklich erklärt zu werden, nicht etwa die Zulässigkeit einer „stillschweigenden Willenserklärung" behaupten, sondern will damit dartun, daß ein rein interner Vorgang, eine bloße Willensrichtung zur Einwilligung genüge. Dies geht aus dem Zusammenhang hervor, insbes. aus der Gegenüberstellung von Willenserklärung und Willensrichtung. Vgl. dazu auch Keßler Ger.S. Bd. 38 S. 566 fg.

[86] Z. B. Binding Hdb. I S. 715; Pfersdorff S. 24; Holer S. 96 fg.; Allfeld S. 142; Heilborn S. 176.

[87] Vgl. Gerland VD Allg. Teil Bd. 2 S. 506.

[88] Z. B. v. Liszt-Schmidt S. 204.

[89] Vgl. Gerland a. a. O. S. 506; Breithaupt S. 24 fg

[90] A. a. O. S. 506; ebenso Schäfer S. 46; vgl. dazu Köhler S. 411 und Honig S. 153 fg.

[91] Vgl. Köhler S. 411; Honig irrt, wenn er behauptet (S. 155), bei Köhlers Beispiel aus § 299 StGB. könne von einer Einwilligung nicht gesprochen werden. Es ist kein Grund einzusehen, warum nicht gegenüber einer unbestimmten Vielheit von Personen sollte eingewilligt werden können; vgl. v. Bar Ges. Bd. 3 S. 62 und Joski S. 23 fg.

[92] So verlangen Kenntnis des Täters von der Einwilligung Keßler S. 105 fg.; Breithaupt S. 24 fg.; Finger Oesterr. Strafr. Bd. 1 S. 658

Die richtige Ansicht geht dahin, daß regelmäßig Kenntnis des Täters zu fordern ist. Dies ergibt sich schon daraus, daß die strafrechtliche Einwilligung den Erklärenden nicht bindet, so daß sie jederzeit widerrufen werden kann, ehe sie zur Kenntnis des Einwilligungsempfängers gelangt [93]). Verübung der Tat ohne Kenntnis von der Einwilligung ist nach den Grundsätzen über den Versuch am untauglichen Objekt zu behandeln, über dessen Strafbarkeit Streit herrscht [94]).

Im engen Zusammenhang damit steht die Frage, ob die Einwilligung unmittelbar an den Täter gerichtet sein muß oder ob es genügt, wenn sie mittelbar durch andere Personen zur Kenntnis des Täters gelangt ist. Hier wird es kaum möglich sein, eine klare, alle Fälle der Einwilligung deckende Antwort zu geben. Soll nur gegenüber einer bestimmten Person oder einem bestimmten Personenkreis eingewilligt werden, so wird auch die Einwilligung regelmäßig unmittelbar vom Verletzten an den oder die Täter gelangt sein müssen. Als unmittelbar erlangt ist in diesem Sinne auch ein Wissen anzusehen, das mit dem Willen des Verletzten an die in Aussicht genommenen Personen durch Vermittlung Dritter, also z. B. durch Boten, gelangt ist. Spricht aber jemand eine Einwilligung unter der Voraussetzung aus, daß der in der Aeußerung erwähnte Täter dies nicht erfahren werde, so liegt überhaupt keine wirksame Erklärung vor, sondern nur das Reden von einer solchen [95]). „Die etwa auf Grund eines hinterbrachten derartige Geredes vollführte Tat bleibt strafbar" [96]), falls nicht strafbefreiender Irrtum des Täters darüber vorliegt (s. u.), daß diese Erklärung für ihn bestimmt war. Ist dagegen die Einwilligung an eine unbestimmte Vielheit von Personen gerichtet — z. B. ein Artist verspricht mittels Zeitungsanzeige oder Rundfunkspruch demjenigen eine Belohnung, der ihn fesseln und an einer bestimmten Stelle abliefern könne — so ist diese Einwilligung auch gegenüber einem Täter wirksam, dem sie von ungefähr und nicht gerade durch die vom Einwilligenden gewählten Verständigungsmittel zu Gehör kam. Eine Entscheidung läßt sich also jeweils nur unter Berücksichtigung der Lage des Einzelfalles treffen.

Es ist nicht erforderlich, daß sich der Täter allein durch die Einwilligungserklärung zu der Handlung bestimmen ließ. Es dürfen vielmehr auch andere Motive für den Täter bestimmend

u. Köhler S. 411, der nur ausnahmsweise die Kenntnis des Täters nicht für erforderlich hält (z. B. im Falle der vis haud ingrata bei Notzucht). In ähnlicher Weise erklärt Honig (S. 153) „je nach der Verschiedenheit der Fallgestaltung" die Kenntnis des Täters bald für erforderlich, bald nicht für notwendig.

93) Keßler S. 106; vgl. dazu Honig S. 156 fg.; vgl. auch Köhler S. 411, der „von erkennbaren Ausnahmefällen abgesehen, stets Kenntnis des Täters verlangt. Drei Ausnahmefälle dieser Art bringt Köhler selbst auf S. 410, womit die Zweifel von Träger Ger.S. Bd. 94 S. 136 N. 3 zerstreut sein dürften.

94) Vgl. Joski S. 26; Träger Ger.S. Bd. 94 S. 137: RG Bd. 53 S. 388 fg.; RG in Goltd.Arch. Bd. 61 S. 126 fg.; Mannheimer S. 45; a. A. Schäfer S. 46 und die dort zit. Lit.

95) Vgl. Keßler S. 107.

96) Keßler a. a. O.

gewesen sein [97]). Bei der qualifizierten Einwilligung des § 216 StGB., durch die der Täter zur Handlung bestimmt sein muß läßt die herrschende Meinung keine anderen Motive zu.

Unbestritten ist, daß die Einwilligung vor Begehung der Tat erteilt sein und während ihrer Ausführung fortdauern muß [98]). „Nur wenn das Interesse schon preisgegeben war, konnte es nicht mehr verletzt werden" [99]). Eine nachträglich erklärte Einwilligung hätte nur die Bedeutung einer „Privatverzeihung", die auf die strafrechtliche Wertung der Tat ohne Einfluß bleiben muß [100]). Sie kann dem Täter nur dann nützen, wenn sie den Verletzten davon abhält, Strafantrag zu stellen, was aber die einmal begründete Widerrechtlichkeit der Tat natürlich nicht beseitigt.

In diesem Zusammenhang sei gleich festgestellt, daß die strafrechtliche Einwilligung stets widerruflich ist. Dies folgt aus ihrer juristischen Natur und setzt sie in scharfen Gegensatz zu der rechtsgeschäftlichen Einwilligung, denn Vermögensrechte werden in der Regel unwiderruflich preisgegeben. Die strafrechtliche Einwilligung begründet keine Verpflichtung und überträgt demgemäß auch kein Recht [101]). Ebensowenig ist sie eine Dereliktion [102]). „Es fehlt ihr eben das, was dem Vertrage, der zivilistischen Einwilligung wesentlich ist: Die Bindung des Willens auf die Zukunft" [103]). Sie kann jederzeit auch ohne Mitwirkung des Einwilligungsempfängers zurückgezogen werden [104]). Das „jederzeit" ist aber nicht buchstäblich zu verstehen [105]). Bei Verletzungen der Person selbst sind noch nicht begonnene Handlungen auf Widerruf der Zustimmung hin zu unterlassen; ist die Handlung bereits begonnen, so kann der Einwilligende den augenblicklichen Abschluß (z. B. bei einer beinahe vollendeten ärztlichen Operation) dann nicht verlangen, wenn sich dieses Verlangen gegenüber dem anderen Teil als Mißbrauch der Widerrufungsbefugnis darstellen würde [106]). Aus der steten Widerruflichkeit der Einwilligung folgt

---

[97]) Joski S. 25.

[98]) Vgl. Keßler S. 108; Gerland VD Allg. Teil Bd. 2 S. 50; Allfeld S. 142. Richtig ist die Bemerkung Schäfers S. 55, daß die „während der Tat" erfolgte Einwilligung der vor der Tat erteilten mit Rücksicht auf einen möglicherweise bereits vorliegenden strafbaren Versuch nicht gleichgestellt werden darf; insofern unrichtig Allfeld a. a. O.

[99]) Keßler S. 104; Joski S. 24; Bühring S. 48 u. v. a.

[100]) Vgl. Träger Ger.S. Bd. 94 S. 134; RG Bd. 25 S. 383.

[101]) Keßler S. 19 fg.; Joski S. 18 fg.; Mannheimer S. 21.

[102]) Keßler S. 21 fg.

[103]) Holer S. 83; ähnlich Klee Goltd. Arch. Bd. 48 S. 198. — Vor einem deutschen Gericht könnte Shylok daher sein Pfund Fleisch nicht einklagen.

[104]) Vgl. Holer S. 21; Klee Goltd. Arch. Bd. 49 S. 252.

[105]) Vgl. Köhler S. 416.

[106]) Köhler a. a. O.: „ . . . . wenn die Fortsetzung der Handlung eine nennenswerte Verschlechterung der Lage des Verletzten nicht ergibt."

des weiteren, daß ihre Fortdauer nicht vermutet wird [107]). Wenn jemand in lustiger Gesellschaft zur Prüfung seiner Schreckhaftigkeit äußert: „Es kann mich einer von euch ja mal stechen", so dauert die damit erteilte Zustimmung nach Lage des Falles etwa für den ganzen Abend an. Ein nach Wochen erst zugefügter Nadelstich wäre dann eine rechtswidrige Körperverletzung, denn der Täter mußte mit der Möglichkeit einer Sinnesänderung rechnen [108]).

Ferner muß die Einwilligung freiwillig sein. Eine auf Drohung oder Zwang hin erteilte Einwilligung ist schlechthin wirkungslos, nicht etwa bloß anfechtbar [109]). Dies erkennen sogar diejenigen Schriftsteller an, die sonst bürgerliches Recht und Strafrecht vermengen [110]). Aehnlich verhält es sich auch beim Irrtum des Einwilligenden: „Die Einwilligung muß gegeben werden mit dem Bewußtsein aller für das Interesse des Einwilligenden wesentlichen Eigenschaften der in Aussicht genommenen Handlung" [111]). Erkennt der Täter einen Beobachtungsfehler des Erklärenden nicht, so hat er irrtümlich das Vorliegen einer in Wahrheit unwirksamen Einwilligung angenommen (s. u.). Erkannte er den Fehler, so ist auch die subjektive Seite seiner Handlung vitios, so daß er unter allen Umständen strafbar ist. Um so mehr muß eine erst vom Täter durch Täuschung erschlichene Einwilligung unwirksam sein [112]). Das Reichsgericht [113]) fordert, es sei unter Außerachtlassung der allgemeinen Bestimmungen über die bürgerlich-rechtliche Handlungsfähigkeit und die strafrechtliche Verantwortlichkeit in jedem einzelnen Fall zu prüfen, ob „die Freiheit der Willensentschließung aufgehoben oder in einer Beachtung fordernden Weise beeinträchtigt war." Dies treffe zu, wenn die Kundgabe der Einwilligung nach den Vorstellungen des täglichen Lebens nicht mehr als Ausfluß der wahren inneren Willensmeinung des von der Tat Betroffenen gelten könne.

Wir sehen, daß Willensmängel die Wirksamkeit der Einwilligung beseitigen; nicht aber ist dies der Fall bei Leichtfertigkeit und Unsittlichkeit. Die Anschauung Kiehls [114]), eine unsittliche Einwilligung sei bei der Körperverletzung wir-

---

107) Die gegenteilige Ansicht v. Bars Ges. Bd. 3 S. 61 N. 95, der Käufer dürfe das von ihm gekaufte Frauenhaar zwar nicht gewaltsam, aber während des Schlafes der Verkäuferin abschneiden, hat durch Träger Ger.S. Bd. 94 S. 138 N. 4 eine treffende Widerlegung gefunden.

108) Vgl. Schäfer S. 55.

109) Vgl. v. Bar Ges. Bd. 3 S. 64; Köhler S. 413 Nr. 1 u. a.

110) Vgl. Meß S. 24; Zitelmann S. 62 versteht sich allerdings auch hier zu keinem Kompromiß. Nach ihm ist die Einwilligung in einem solchen Falle nur anfechtbar, was zur rückwirkenden Feststellung ihrer Nichtigkeit führt. Was jedoch in der juristischen Wissenschaft praktisch unbrauchbar ist, ist fast immer auch theoretisch verfehlt!

111) Keßler S. 105; vgl. Köhler S. 417.

112) Vgl. dazu Schrey S. 56 fg.

113) RG Bd. 41 S. 392 fg. (396).

114) Goltd. Arch. Bd. 54 S. 376.

kungslos, findet im geltenden Recht keine Stütze [115]). Die leichtfertige Einwilligung steht der überlegten gleich [116]).

Es wird fast allseitig anerkannt, daß der § 59 StGB. in Anwendung komme, wenn der Täter irrtümlich das Vorliegen einer in Wirklichkeit nicht gegebenen Einwilligung annimmt [117].) Man kann in den Fällen, wo der Einwilligung Wirksamkeit zukommt, ihr Nichtvorliegen als zum gesetzlichen Tatbestand gehörig betrachten, so daß sich der Irrtum auf ein negatives Tatbestandsmerkmal bezieht. Tatsachenirrtum liegt auch dann vor, wenn sich der Täter über Zurechnungsfähigkeit oder Alter des Einwilligenden täuscht [118]). — Der umgekehrte Fall, daß der Täter irrtümlich eine tatsächlich gegebene Einwilligung nicht erkannt hat, ist um deswillen kaum zu konstruieren, weil der Handelnde in aller Regel das Vorliegen einer Einwilligung in sein Bewußtsein aufgenommen haben muß, wenn sie ihre typische Wirkung äußern soll; m. a. W.: die objektive Wirkung dieses Unrechtsausschließungsgrundes ist von einem subjektiven psychischen Vorgang beim Handelnden abhängig [119]). Nur in den erkennbaren Ausnahmefällen, wo der Handelnde das Vorliegen einer Einwilligung nicht in seinen Vorstellungskreis aufgenommen zu haben braucht (z. B. die vis haud ingrata bei Notzucht), befreit ihn das Gegebensein des Rechtfertigungsgrundes von Strafe trotz der irrigen Annahme seines Nichtbestehens [120]) [121]).

In der Literatur fand über die Frage, welches Alter beim Einwilligenden zu einer wirksamen Einwilligung erforderlich sei, eine äußerst lebhafte Erörterung statt. Der Hauptgrund hiefür mag ihr enger Zusammenhang mit der rechtlichen Natur der Einwilligung sein. Wer darin ein Rechtsgeschäft sieht, muß natürlich beim Erklärenden die Vollendung des 21. Lebensjahres verlangen. Diese von Zitelmann [122]) propagierte Auffassung der Einwilligung darf aber jetzt als überwunden angesehen werden [123]). Da-

[115]) Vgl. Köhler S. 416/7.

[116]) Vgl. Gerland VD Allg. Teil Bd. 2 S. 503.

[117]) Vgl. Pfersdorff S. 25; Joski S. 26; v. Bar Ges. Bd. 3 S. 64; Klee Goltd. Arch. Bd. 48 S. 349; v. Bar Festg. f. Regelsberger S. 242; Mannheimer S. 45; Allfeld S. 142; Bühring S. 50 fg.; Schäfer S. 47; Blume S. 28.

[118]) Vgl. v. Bar Ges. Bd. 3 S. 64.

[119]) Vgl. Köhler S. 287/8 und 411.

[120]) Die Anhänger der subjektiven Versuchstheorie würden hier Strafe eintreten lassen.

[121]) Vgl. Köhler S. 287.

[122]) Arch. Ziv. Prax. Bd. 99 S. 48: „Durch die Einwilligung wird die Rechtswidrigkeit dann und auch nur dann ausgeschlossen, wenn die Einwilligung sich als ein auf diesen Ausschluß gerichtetes Rechtsgeschäft des Rechtsinhabers erweist; damit ist zugleich gegeben, daß sie, um wirksam zu sein, inhaltlich und in allen sonstigen Beziehungen sämtlichen Erfordernissen, die das Gesetz für Rechtsgeschäfte aufstellt, entsprechen muß." A. a. O. S. 53: „Jede Einwilligung ist als Rechtsgeschäft aufzufassen." Dagegen mit guten Gründen M. E. Mayer S. 291 fg.; Honig S. 159 fg. u. a.

[123]) Auch Frank hat seinen bisher vertretenen zivilistischen Standpunkt mit der 15. Auflage seines Kommentars aufgegeben.

mit kann für das erforderliche Lebensalter die bürgerlich-rechtliche Geschäftsfähigkeit nicht maßgebend sein [124]). Nur bei denjenigen Delikten, die ein subjektives Recht verletzen, bei denen mithin die Einwilligung ihrer juristischen Natur nach ein Rechtsgeschäft darstellt, ist Volljährigkeit des Zustimmenden zu fordern [125]). Daß dieses Ergebnis keine Dissonanz in die Einheitlichkeit des Rechtes bringt, zeigt Mannheimer [126]) an einem überzeugenden Beispiel. Da das Strafgesetz über das Altererfordernis keine ausdrücklichen Bestimmungen gibt, so hat man teils aus einem verwandten Institut des Allgemeinen Teils, sowie aus verschiedenen Normen des Besonderen Teils entsprechende Grundsätze abgeleitet, teils auch auf feste Grenzen ganz verzichtet und dafür auf die Umstände des einzelnen Falles abgestellt. Danach lassen sich vier Ansichten unterscheiden:

Die Rechtsgeschäftstheorie [127]) fordert, wie gesagt, volle Geschäftsfähigkeit.

Eine zweite Ansicht, vertreten von Gerland [128]), sucht die Lösung unter Heranziehung der gesetzlichen Altersgrenze für das Strafantragsrecht des Verletzten (§ 65 RStGB.) zu gewinnen. Gerland übersieht die innere Verschiedenheit von Antragstellung und Einwilligung nicht, erblickt aber ihre Verwandtschaft darin, daß das Gesetz durch Gewährung des Antragsrechtes beim Verletzten die Beurteilungsfähigkeit einer erlittenen Schädigung voraussetzt. Spreche man dem Achtzehnjährigen diese Fähigkeit zu, so sei jedenfalls der innere Grund nicht mehr vorhanden, ihn von der Einwilligung auszuschließen. Gegen diese Ansicht ist vor allem anzuführen, daß die Fixierung des 18. Lebensjahres als absolute Minimalgrenze in vielen Fällen zu hoch ist [129]). Andererseits erfordert es eine viel geringere Einsicht, die schädliche Wirkung der „vollbrachten Tat" zu übersehen, als eine erst vorzunehmende Handlung zu beurteilen, deren Folgen noch ungewiß sind [130]).

Eine weitere Meinung geht ebenfalls vom Strafgesetz aus, indem sie sich an die §§ 55, 56 RStGB. bzw. den nun an deren Stelle getretenen § 2 JGG vom 16. Febr. 1923 hält [131]). Nach Analogie dieser Vorschriften sei zu fordern, daß die Einwilligung eines Kindes unter 12 bezw. 14 Jahren stets unbeachtlich bleibe. Bei einem Jugendlichen, d. h. einer Person zwischen 14 und 18 Jahren,

---

124) Vgl. Keßler S. 102; Joski S. 22; Hartwig Ger.S. Bd. 83 S. 75; M. E. Mayer S. 292; Köhler S. 412 fg.; Allfeld S. 142; Honig S. 167; Holer S. 104; v. Liszt-Schmidt S. 204; RG Bd. 41 S. 392 fg. (396).

125) S. 34.

126) Vgl. Honig S. 167; v. Bar Ges. Bd. 3 S. 65; Köhler S. 412 fg. u. a.

127) Diese Bezeichnung stammt von Gerland a. a. O. S. 503.

128) A. a. O. S. 503; ihm schließt sich Mannheimer S. 33 an.

129) Vgl. Schäfer S. 50.

130) Vgl. Bühring S. 44.

131) Vertreter dieser Richtung zählen Schäfer S. 49 und Gerland a. a. O. S. 504 N. 2 auf. — Das JGG. berücksichtigt Blume S. 25; gleich ihm stellt Honig S. 168 auf das vollendete 14. Lebensjahr ab, wobei er sich auf §§ 12 Ziff. 2, 68 VE. und die ihm aus einer Mitteilung Ebermayers S. 19 inhaltlich bekannt gewordenen Bestimmungen des KE. (es sind dies die §§ 12 Ziff. 2 und 21 KE) bezieht.

sei ausschlaggebend, ob der Einwilligende die zur Erkenntnis der Tragweite der verletzenden Handlung erforderliche Einsicht besaß. Dazu ist zu sagen: Das Alter von 14 Jahren dürfte als Mindestalter, wenn auch nicht stets, so doch in der Mehrzahl der Fälle das geeignetste sein, jedenfalls aber brauchbarer als das von Gerland geforderte Mindestalter von 18 Jahren. Jedoch folgt aus der Tatsache, daß ich die Rechtswidrigkeit (Strafbarkeit) meiner gegen andere gerichteten Tat zu erkennen in der Lage bin, noch lange nicht, daß ich die Bedeutung einer Handlung für meine Rechtsgüterwelt richtig einzuschätzen verstehe [132]).

Endlich besteht noch eine vierte Ansicht, sie ist die herrschende [133]), der wir beitreten wollen. Sie setzt das vollendete 7. Lebensjahr als niedrigste Grenze voraus und erklärt es im übrigen als quaestio facti, ob der Einwilligung rechtliche Wirksamkeit beigemessen werden darf oder nicht. Diese Ansicht hat den unbestreitbaren Vorzug, der unendlichen Verschiedenheit der Fälle besser gerecht zu werden als eine schematische Regelung. Freilich werden damit größere Anforderungen an die psychologische Urteilsfähigkeit des Richters gestellt — das ist Gerland [134]) zuzugeben — als wenn man ihn nach einer Rechentabelle „arbeiten" läßt. Ein vereinzeltes Fehlgreifen des Richters vermag aber bestimmt nicht den Schaden anzurichten, wie ein starres Regulativ. Man vergegenwärtige sich einmal folgenden Fall: Ein dreizehnjähriger intelligenter Junge willigt zur Rettung eines Menschenlebens in eine Hauttransplantation oder Bluttransfusion, nachdem ihm die Aerzte wahrheitsgemäß die nicht sehr erheblichen Folgen dieses Eingriffs vorgestellt haben. Weil nun dieses Kind, dessen Entschlußbildung sich auf einer besseren Grundlage vollzieht, als die eines weniger begabten Neunzehnjährigen, das relative Strafmündigkeitsalter des § 2 JGG. noch nicht erreicht hat, soll die Einwilligung unbeachtlich sein und der geschilderte Akt der Nächstenliebe den Makel der Widerrechtlichkeit tragen! Gewiß birgt diese Lösung die Gefahr einer Unsicherheit der Rechtsprechung in sich, die wir mit Bühring [135]) aber gerne in Kauf nehmen. Es gehört zu den größten Errungenschaften unseres modernen Zivilrechts, daß den Begriffen „Treu und Glauben" und den „guten Sitten" ein so weites Anwendungsgebiet eingeräumt ist. Welche Handlungen dagegen im einzelnen verstoßen, wird sehr häufig Ansichtssache sein und vom Richter A anders beurteilt werden als von seinem Kollegen B. Aber noch niemand hat deshalb unseren Gerichten den Vorwurf gemacht, daß sie mit einem Kautschukband messen.

Auch in unser kommendes Recht wird sich die von uns vertretene Auffassung bezüglich des Alterserfordernisses beim Zu-

[132]) Gerland a. a. O. S. 504; Schäfer S. 49.

[133]) Vgl. die Lit. bei Gerland a. a. O. S. 504 N. 3; Schäfer S. 50; Bühring S. 44 N. 3; neuerdings Köhler S. 413, dortselbst N. 2 auch die Rechtsprechung.

[134]) VD. Allg. Teil Bd. 2 S. 504; er vermißt bestimmte Kriterien, die die Wissenschaft dem Richter an die Hand geben soll!; s. dagegen Hartwig Ger. S. Bd. 83 S. 80.

[135]) S. 45.

stimmenden vortrefflich einfügen. Der § 264 RfV. (§ 239 AE — § 293 KE)[136] bestimmt nämlich, daß eine mit Einwilligung vorgenommene Körperverletzung nur dann strafbar (rechtswidrig) ist, wenn die Tat trotzdem gegen die guten Sitten verstößt. Dieser Satz besagt nun zweierlei: Einmal: daß eine Einwilligung bei dem Delikte der Körperverletzung die Widerrechtlichkeit zu beseitigen vermag und dann: welchen Erfordernissen diese Einwilligung entsprechen muß. Es liegt klar auf der Hand, daß mit dem im Vordersatz enthaltenen Wort „Einwilligung" nur die schlichte Erklärung der Zustimmung gemeint ist, während im Nachsatz erst das wesentliche Kriterium ihrer Rechtswirksamkeit beschrieben wird. Aber gerade dieser Nachsatz ist so wuchtig, so richtunggebend, daß wir gezwungen sind, die Einwilligung nur im Lichte der guten Sitten zu betrachten. Und nun drängt sich uns die Erkenntnis auf, daß eine im übrigen untadelige Zustimmungserklärung dann der Tat den Stempel der Unsittlichkeit nicht nehmen kann, wenn sie von einer einwilligungsunmündigen Person ausging. Ist die Tat aber deshalb strafbar, so war eben die Einwilligung nicht rechtswirksam. Wir sehen also: das Prinzip der guten Sitten färbt auch auf das Alterserfordernis bei der Einwilligung ab. Nun läßt sich aber nicht sagen: Das Gebrauchmachen von der Einwilligung eines noch nicht Vierzehnjährigen ist ceteris paribus stets unsittlich, bei einem bereits Vierzehnjährigen dagegen einwandfrei. Wir sind also gezwungen, das Erfordernis des Alters als die Resultante aus dem Charakter der Person sowohl, als der Handlung anzusehen, diese drei Größen gewissermaßen auf einander abzustimmen, was uns notwendig von jeder Schematisierung abbringen muß — quod erat demonstrandum.

Werfen wir noch einen Blick auf die hier keineswegs einheitliche Rechtsprechung: Die bekannten Entscheidungen des Reichsgerichts im Zusammenhang mit dem Operationsrecht[137] lassen nicht klar erkennen, ob die Einwilligung eines Minderjährigen zu beachten ist. In einem Urteil vom 15. Oktober 1906[138] erachtet das RG. eine Einwilligung nur dann als vorliegend, wenn dem Minderjährigen nach privatrechtlichen Grundsätzen die Verfügungsfähigkeit zusteht. Dagegen hat es in einer früheren Entscheidung mit Recht die Lösung im Strafrecht zu finden gesucht[139]; es heißt da: „Mag nun auch aus § 65 RStGB. nicht gefolgert werden können, daß die strafrechtliche Einwilligung einer Person unter 18 Jahren unter allen Umständen als rechtswirksamer Willensakt nicht anzusehen sei, so läßt die Vorschrift doch erkennen, daß das Gesetz bei Personen von so jugendlichem Alter die zutreffende Beurteilung und ausreichende Würdigung einer gegen sie gerichteten Straftat regelmäßig nicht voraussetzt." In einem Urteil vom 19. Oktober 1903[140] wieder erklärt das Reichsgericht die Umstände des einzelnen Falles als für die Wirksamkeit maß-

[136] Träger Ger.S. Bd. 94 S. 170 N. 2 sieht es als sicher an, daß diese Norm Gesetz wird.

[137] RG. Bd. 25 S. 375 fg. u. Bd. 38 S. 34 fg.

[138] Mitgeteilt in Goltd. Arch. Bd. 54 S. 357.

[139] RG. Bd. 29 S. 398, Urteil vom 19. Febr. 1897.

[140] Mitgeteilt in Goltd. Arch. Bd. 51 S. 44.

gebend. Dieser Standpunkt ist in einer neueren Entscheidung [141] noch klarer hervorgetreten und, was aus der allgemeinen Fassung erhellt, auch für andere Delikte als Beleidigungen in Anwendung zu bringen, während die erwähnten Urteile aus den Jahren 1897 und 1903 nur für die Beleidigung gelten wollen. Wir sehen, daß das oberste Gericht in seinen Erkenntnissen nacheinander so ziemlich alle Ansichten berücksichtigt hat.

In engem Zusammenhang mit dem soeben behandelten Gegenstand steht die Frage der Stellvertretung bei der Einwilligung. Die überwiegende Auffassung [142] geht dahin, eine gewillkürte Stellvertretung [143] mangels eines Bedürfnisses nicht anzuerkennen, soweit es sich nicht um die Einwilligung zu einem Angriff auf solche Rechte handelt, die durch Rechtsgeschäft anderen zur Verwaltung übertragen werden können [144]. Dagegen leitet die Zustimmung zu einer Körperverletzung einen Angriff auf ein höchst persönliches Gut ein und geht darum nur den Einwilligenden an. Diese Erwägung steht aber einer Anerkennung der gesetzlichen Stellvertretung nicht im Wege. Durch das Zivilrecht geschaffen, muß sie aber im Zivilrecht auch ihre Begrenzung finden [145], d. h. sie kann nur in den Fällen gelten, wo die Rechtsordnung dem gesetzlichen Vertreter die Sorge für das Vermögen und die Person des Minderjährigen überträgt (BGB. §§ 1627, 1793 ,1901). Diese Begrenzung bringt es mit sich, daß der gesetzliche Vertreter in eine notwendige Operation am Minderjährigen einwilligen kann [146]. Sie schließt aber eine Einwilligung in einem schädlichen Eingriff (z. B. eine Körperverletzung aus

141) RG. Bd. 41 S. 396.

142) Vgl. Gerland VD. Allg. Teil. Bd. 2 S. 506 fg.; Köhler S. 415; Honig S. 169 u. v. a. — Die Vertreter der Rechtsgeschäftstheorie müssen natürlich zu einer Anerkennung der bevollmächtigten Vertretung kommen: Zitelmann Arch. Ziv. Prax. Bd. 99 S. 62 fg.; Frank Komm. 1912 S. 111/12 u. a.

143) Eine Stellvertretung in der Erklärung (Uebermittlung der Einwilligungserklärung durch Boten) ist natürlich zulässig; vgl. Finger Lb. S. 417. Er trennt richtig Erklärung und Willensbildung, was Meß S. 31 mißverstanden hat. Da sich Finger über die gesetzliche Stellvertretung nicht äußert, so ist anzunehmen, daß er wie Ioski S. 22 jede Art von Stellvertretung ausschließen will.

144) Vgl. Köhler a. a. O.; Bühring S. 46; Holer S. 108.

145) Vgl. Gerland VD. Allg. Teil, Bd. 2 S. 505; Kiehl Goltd. Arch. Bd. 54 S. 389.

146) Das Problem, aus welchem Rechtsgrunde der sachgemäße ärztliche Eingriff straflos bleibt, kann hier nicht weiter erörtert werden. In der heißumstrittenen Entsch. des RG. in Bd. 25 S. 375 fg. wird als der allein maßgebende Rechtfertigungsgrund die Einwilligung des Verletzten bezeichnet. Dies trifft m. E. zu, denn die Tatbestandsmäßigkeit der Operation im Sinne der §§ 223 fg. StGB. ist nicht zu leugnen; das „Berufsrecht" hat in der zit. Entsch. seine Erledigung gefunden und das Handeln zu rechtem Zweck (vgl. RG. Bd. 34 S. 447) und ähnliche Auskunftsmittel entfernen sich zu weit vom Boden des positiven Rechts. Vgl. die umfangreiche Lit. bei v. Liszt-Schmidt S. 201 N. 6. (§ 35 III 1); Köhler S. 391 fg.; Allfeld S. 143 N. 48 u. a.

sadistischer Begierde des Täters [147]) ohne weiteres aus, denn dieser Akt entspringt nicht der „Sorge für die Person". Bei der Durchführung ist noch weiter zu berücksichtigen: Der Vertretene darf gegenüber seinem Vertreter nicht völlig rechtlos werden [148]). Es darf also insoweit kein Zwang auf den Vertretenen ausgeübt werden, als er trotz seines jugendlichen Alters einen ernsthaften Willen zu bilden imstande ist. Denn im Strafrecht ist der Wille des Minderjährigen nicht in dem Maße übergehbar, wie bei den Vermögensdispositionen des Zivilrechts. Verweigert also der Vertretene seine Zustimmung zu einem ärztlichen Eingriff, so kann der entgegenstehende Wille des gesetzlichen Vertreters nur dann beachtlich sein, wenn der Jugendliche aus Unverstand, wozu auch eine angesichts der Gefahrlosigkeit des Eingriffes übertriebene Angst vor Schmerzen gehört, die Einwilligung nicht erteilt. Auch hier kann nur die Lage des Einzelfalles entscheiden.

Zum Schluß wäre noch zu prüfen, ob die Zustimmung g e n e r e l l erteilt werden oder nur für den s p e z i e l l e n F a l l gegeben werden darf. Im allgemeinen neigt man zu einer unnatürlichen Einengung der Wirkungsmöglichkeiten der Einwilligung, indem man behauptet, eine generelle Einwilligung sei ein Widerspruch in sich selbst, denn sie habe kein bestimmtes Objekt. So hat es K a r d i n g [149]) nicht gewagt, die Straflosigkeit der Verletzungen beim Fußballspiel auf die Zustimmung der Spieler zu gründen und seine Zuflucht zu gekünstelten Erklärungen genommen. „Es ist ganz undenkbar, daß bei einem Spiele, das sich über Stunden erstreckt, vor jedem Tritt oder Stoß eine stillschweigende Einwilligung in die jeweils bevorstehende Verletzung angenommen werden könnte. . . . . Er willigt auch gar nicht in die einzelnen Verletzungen ein; im Gegenteil, bei jedem Zusammenstoß ist seine Bemühung darauf gerichtet, eine Verletzung womöglich zu vermeiden" [150]). Es ist nicht einzusehen, warum ein Spieler, der sich in die Wogen des Fußballkampfes stürzt, nicht mit allen möglichen Verletzungen soll rechnen und nicht auch wirksam soll darein willigen können und zwar gegenüber seinen sämtlichen 21 Mitspielern? Das sagt doch schon das natürliche Gefühl. Wenn sie einen Fußballspieler vom Platze tragen, wird man mehr als einen kritischen Zuschauer die Worte sagen hören: „Geschieht ihm recht! Warum spielt er mit? Das hätte er sich vorher sagen können. Volenti non

147) Vgl. RG. in JW. 1928 S. 807: „Der Gewalthaber kann nur insoweit in eine körperliche Verletzung seines Pflegebefohlenen einwilligen, als er selbst zu solcher Mißhandlung berechtigt wäre."

148) Vgl. Gerland VD. Allg. Teil Bd. 2 S. 505; Mannheimer S. 38; Bühring S. 46.

149) S. 59.

150) Hier ist Karding derselbe Fehler unterlaufen, den Keßler beging, als er aus seinem vielbesprochenem Beispiel (S. 19) von der Wette des A mit dem Schützen B, letzterer werde die Sache des A nicht treffen, den falschen Schluß zog (S. 25), A habe die Zerstörung der Sache nicht „gewollt". Er muß sie g e w o l l t im juristischen Sinne haben, da er zugestimmt hat, allein er wird sie nicht g e w ü n s c h t haben, sonst hätte er nicht gewettet. — Nebenbei bemerkt, erörtert Karding nur die nach der Spielregel erlaubten Verletzungen.

fit iniuria!" Wir lassen also eine expansive Einwilligung insoweit zu, als der Verletzte die möglicherweise eintretenden Verletzungen zu übersehen imstande war. Er darf gewissermaßen von der Tat nicht überrascht werden. Jeder Fußballspieler betritt die Arena mit dem heroischen Gefühl, daß er zur größeren Ehre seiner Farben nun „Leben und Blut in die Schanze zu schlagen" bereit ist, denkt aber gar nicht daran, etwaige Schädigungen als rechtswidrige Körperverletzungen aufzufassen, so lange ihre Zufügung nicht durch spielregelwidrige Angriffe erfolgt ist. Man darf sich also nicht dazu verleiten lassen, eine vollgültig erteilte Einwilligung als nicht vorhanden zu betrachten [151]).

Wir haben jetzt die Forderungen kennengelernt, die an die strafrechtliche Einwilligung zu stellen sind und erweitern ihre oben gewonnene Begriffsbestimmung dahin: Einwilligung ist die vorhergehende, freiwillige, stets widerrufliche Erklärung der Zustimmung zu der Handlung eines anderen.

II. Hauptteil.

Die Wirksamkeit der Einwilligung in eine Körperverletzung nach geltendem Recht.

Vorbemerkung.

Das Strafgesetzbuch und unser Problem.

Nachdem wir nun den Begriff und die Erfordernisse der Einwilligung kennengelernt haben, wenden wir uns im folgenden der Frage zu, ob der Einwilligung des Verletzten bei der Körperverletzung unrechtsausschließende Wirkung zukommt und zwar zunächst nach geltendem Recht.

In unserm StGB. suchen wir vergebens nach einer allgemeinen positiven Bestimmung über die Einwilligung. Der allgemeine Teil enthält in seinem 4. Abschnitt eine Reihe von „Gründen, welche die Strafe ausschließen". Darunter ist die Einwilligung nicht erwähnt und sie fehlt auch sonst im allgemeinen Teil des Gesetzes. Bedeutet nun dieses Schweigen, daß der Gesetzgeber dadurch die grundsätzliche Wirkungslosigkeit der Einwilligung zum Ausdruck bringen wollte? Eine solche Annahme wäre unzutreffend. Hier mag der Hinweis auf die Züchtigungshandlungen der Erzieher, die Hinrichtung, die Tötung, Körperverletzung, Freiheitsberaubung und Sachbeschädigung im Kriege, die vorläufige Festnahme durch jedermann gemäß § 127 Abs. 1 StPO. genügen — lauter allgemein als rechtmäßig anerkannte tatbestandsmäßige Handlungen, die ebenfalls im Strafgesetzbuche einen Platz nicht gefunden haben. Es ist anerkanntes Rechtes, daß der allgemeine Teil keine Kodifikation der Unrechtsausschließungsgründe geben will, sondern daß wir sie auch außerstrafrechtlichen Grundsätzen und neben dem Gesetze auch dem ungeschriebenen Rechte entnehmen können [152]). Uebrigens war eine generelle Bestimmung

[151]) Aehnlich Mannheimer S. 50.
[152]) Schrey S. 21.

über die Einwilligung im allgemeinen Teil des StGB. gar nicht zu erwarten. Denn ihrer Aufnahme hätten sich schier unlösbare Schwierigkeiten in den Weg gestellt. Zunächst hätten die Fälle ausgeschieden werden müssen, in denen die Einwilligung bereits das Zustandekommen eines Delikts verhindert, da ihr Fehlen dort ein Tatbestandsmerkmal bildet. Außerdem hätten die Fälle außer Betracht bleiben müssen, deren Tatbestand gerade das Vorhandensein einer Einwilligung erfordert! Es blieben also nur solche Verbrechen übrig, deren Tatbestandsmäßigkeit von einer Einwilligung des Verletzten nicht berührt wird, wie die Verletzung von Leben, Gesundheit, Freiheit und Ehre. Diese Delikte bilden aber weitaus die Minderheit. Wollte der Gesetzgeber dennoch für diese Fälle die grundsätzliche Wirksamkeit der Einwilligung anerkennen, so müßte er wiederum die Tötung ausnehmen, denn § 216 StGB. ergibt die Wirkungslosigkeit der Einwilligung bei diesem Delikt. Bei den Vermögensverbrechen endlich wäre eine generelle Bestimmung über die Einwilligung überflüssig, weil hier deren Wirksamkeit aus privatrechtlichen Normen genügend hervorgeht; dienen doch die einschlägigen Strafrechtsnormen hauptsächlich der Erhaltung des privatrechtlichen Statusquo. Wir sehen, daß das Gesetz aus guten Gründen im allgemeinen Teil keine Regelung des Einwilligungsproblems trifft. Zugleich erkennen wir, daß aus diesem Schweigen allein kein Schluß auf die Wirksamkeit oder Wirkungslosigkeit der Einwilligung gezogen werden darf.

Man könnte nun nach einer entsprechenden Bestimmung im besonderen Teil bei den einzelnen Delikten suchen. Der 17. Abschnitt über die „Körperverletzung" enthält keine solche. Dagegen findet sich bei den „Verbrechen wider die öffentliche Ordnung" im § 142 eine Vorschrift, die zu unserem Problem in Beziehung steht, denn den äußeren Tatbestand dieses Verbrechens bildet eine Verstümmelung mit Einwilligung. Forschen wir weiter im besonderen Teil unseres StGB., so stoßen wir auf den erwähnten § 216, dem die Tötung auf Verlangen des Getöteten zugrunde liegt. Für eine Hereinbeziehung dieser Vorschrift in die Betrachtung unseres Problems spricht die Wesensverwandtschaft von Tötung und Körperverletzung im Hinblick auf die Aehnlichkeit der verletzten Rechtsgüter und die Gleichartigkeit der Ausführungshandlungen bei beiden Delikten. Es ist daher nicht weiter verwunderlich, daß die einschlägige Literatur immer und immer wieder sowohl beim § 216 als auch beim § 142 den Schlüssel für die Lösung der Frage nach der Wirksamkeit der Einwilligung in eine Körperverletzung zu finden suchte. Wie hier gleich bemerkt sei, wurden beide Vorschriften sowohl für die Verneinung der Wirksamkeit, wie für deren Bejahung herangezogen. Auch die Rechtsprechung hat damit operiert.

Wir treten nun in die Betrachtung der in der Literatur vorhandenen Ansichten über die Wirksamkeit der Einwilligung in die Körperverletzung ein. Es sind dabei hauptsächlich drei Gruppen zu unterscheiden, die im einzelnen Modifikationen und Schattierungen aufweisen. Neben einer absolut bejahenden und absolut verneinenden Ansicht gibt es noch eine dritte Meinung, die eine

zwischen den beiden Extremen vermittelnde Stellung einnimmt. Die Darstellung der oberstrichterlichen Rechtsprechung bleibt im Interesse der Uebersichtlichkeit einem besonderen Abschnitt vorbehalten.

I. Abschnitt.

Der Stand der Ansichten in der Wissenschaft.

§ 1. Die verneinende Ansicht.

Die Hauptvertreter derjenigen Richtung, die der Einwilligung bei der Körperverletzung jegliche Wirksamkeit abspricht, sind das Reichsgericht in seinen früheren, lange Jahre hindurch unverrückbar behaupteten Entscheidungen[153]), außerdem an Wissenschaftlern Berner[154]), Hälschner[155]), v. Liszt[156]), Oppenhof[157]), Schütze[158]), Geyer[159]), Thomsen[160]), Breithaupt[161]), Hubrich[162]), Stooß[163]).

Wie wir schon aus dieser Aufzählung sehen, handelt es sich hier in der Hauptsache um ältere Schriftsteller, deren Wirkungsbereich zum Teil noch in die Blütezeit der „unveräußerlichen Rechte“[164]) fällt. Betrachten wir einige ihrer Gründe: v. Liszt[165]) schließt aus § 216 StGB., daß es ausdrücklicher Anordnung bedurft hätte, um der Einwilligung diesen Einfluß zu sichern und trotzdem bewirke dieser nur eine Strafmilderung und nicht den Ausschluß der Widerrechtlichkeit. Daraus ergebe sich, daß die Einwilligung in eine Körperverletzung stets „gleichgültig“ sei. Der einzelne sei nicht dominus membrorum suorum. Die Verstümmelung eines Einwilligenden lasse sich zudem ohne Uebertreibung als das schwerere Verbrechen gegenüber der Tötung bezeichnen. Die gleiche Meinung vertreten Breithaupt[166]) und Stooß[167]). Ueber die bei leichten Körperverletzungen mit sei-

153) RG. Bd. 2 S. 442, Bd. 6 S. 61 usw. Näheres im II. Abschnitt dieses Teils.

154) Lb. 18. Aufl. (1898) S. 96.

155) Gem. d. Strafr. Bd. 1 S. 471, Bd. 2 S. 90/91.

156) Vgl. v. Liszt-Schmidt 25. Aufl. S. 477 N. 10.

157) Zu § 223 S. 528.

158) § 35.

159) Holtzd. Hdb. Bd. 3 S. 555.

160) Vorl. über d. Strafr. S. 343.

161) S. 64.

162) Ger. S. Bd. 46 S. 236.

163) Chirg. Op. S. 89.

164) Diese Auffassung wird heute als antiquiert betrachtet; vgl. Gerland VD. Allg. Teil Bd. 2 S. 496. Hartwig Ger. S. Bd. 83 S. 58 fg. erweckt sie zu neuem Leben und bricht für Berner (neben Hälschner ein Hauptvertreter dieser Richtung) eine Lanze.

165) Lb. 17. Aufl. S. 313.

166) a. a. O.

167) A. a. O. Aus anderen Lagern vertreten diese letztere Auffassung noch Pfersdorff S. 49 und wesentlich eingeschränkter Kiehl in Goltd. Arch. Bd. 54, S. 361 fg. Gegen sie wenden sich Gerland S. 500 („Das Leben ist das höchste Rechtsgut.“) und Joski S. 36.

nem Standpunkt verbundenen Härten suchte v. Liszt mit dem Hinweis darauf hinwegzukommen, daß bei Stellung des Antrages trotz Einwilligung auf 3 Mark Geldstrafe herabgegangen werden könnte. Dies mag in der Praxis angenommen werden, die Theorie kann sich dagegen mit einer solchen Kapitulation nicht abfinden.

In ähnlicher Weise rechnet Hälschner[168]) die Gesundheit zu den unveräußerlichen Gütern; zwar könne man sich ihrer entäußern, doch sei dies unsittlich. Die Einwilligung könne auch deshalb die Widerrechtlichkeit nicht ausschließen, weil sie unter den Strafausschließungsgründen des allgemeinen Teils nicht vorkomme[169]). Im übrigen könne die Einwilligung nur eine Strafmilderung, nicht aber die Beseitigung der Rechtswidrigkeit bewirken.

Auch Breithaupt spricht der Einwilligung in eine Körperverletzung jede Wirkung ab, denn der Staat könne nicht gestatten, daß seine Bürger sich gegenseitig ganz nach ihrer Willkür der körperlichen Integrität berauben[170]). Denn ebensowenig, wie der Staat ohne Bürger bestehen könne, sei eine Existenz möglich, wenn die Bürger zwar lebten, aber z. B. in verkrüppeltem, zeugungsunfähigem usw. Zustande und deshalb dürfe der Gesetzgeber die Körperverletzung mit Einwilligung nicht schrankenlos gestatten. Dabei befürchtet Breithaupt sogar, daß ein erheblicher Mangel an wehrfähigen Bürgern eintreten könnte[171]). Die Klippe des Antragsrechtes umschifft Breithaupt[172]) auf elegante, aber wissenschaftlich angreifbare Weise: „Diese Frage erledigt sich wohl aus dem Grunde, weil diese (sc. die leichte Körperverletzung) ein Antragsdelikt ist und man sicherlich annehmen muß, daß die erteilte Einwilligung einen Verzicht auf die Ausübung des Antragsrechtes enthält. Ein gegenteiliges Resultat würde allerdings in diesem Falle sehr merkwürdig sein. Welcher Richter würde wohl denjenigen strafen, der einem anderen mit dessen Einwilligung eine kräftige Ohrfeige gegeben hat, nachträglich aber von diesem hiefür belangt wird!“[173]). Damit erkennt Breithaupt die Straflosigkeit leichter Körperverletzungen an, doch sei diese nicht in Anwendung des Satzes „volenti non fit iniuria“ eine Folge der Zustimmung, sondern des in letzterer liegenden Verzichts auf Ausübung des Antragsrechts[174]). Man merkt, wie wenig wohl er

168) A. a. O.

169) Ders. in Ger. S. Bd. 35 S. 179.

170) Vgl. Breithaupt S. 55.

171) S. 55; dagegen Keßler S. 73 und 75. Die sarkastische Form, in die Keßler hier seine Erwiderung kleidet, mag gegenüber solchen, an Malthus und seine trostlose Bevölkerungslehre lebhaft gemahnenden Unkenrufen mal am Platze sein.

172) S. 64.

173) Diese rhetorische Frage Breithaupts beantworten wir dahin, daß sich gegebenenfalls beim RG. noch bis auf die jüngste Zeit solche Richter gefunden hätten, durch die er ad absurdum geführt worden wäre.

174) S. 64; ein Verzicht auf das Antragsrecht müßte im Hinblick auf dessen öffentlich-rechtlichen Charakter unwirksam sein, so daß selbst einem nach ausdrücklich erklärtem Verzicht gestellten Strafantrag Folge zu leisten wäre.

sich bei diesem Ergebnis fühlt. Einen ähnlichen Ausweg vor den unhaltbaren Konsequenzen einer grundsätzlichen Ablehnung der Wirksamkeit einer Einwilligung schlägt Hälschner[175]) ein, indem er behauptet, daß die Mißhandlung eines Einwilligenden „wegen mangelnden Strafantrages nicht gestraft werden kann." Auch Geyer[176]) hat seine ursprüngliche ablehnende Haltung dahin revidiert, daß die Einwilligung in „ganz unbedeutende", „ganz geringfügige" Körperverletzungen wirksam sei, so daß man ihn schließlich auch unter die Vertreter der vermittelnden Ansicht rechnen könnte.

§ 2. Die vermittelnde Ansicht.

Die eben behandelte Ansicht, nach der jede Körperverletzung trotz Einwilligung strafbar ist, steht einerseits zu gewissen Einzelbestimmungen des Gesetzes in schroffem Widerspruch, andererseits läßt sie sich auch nicht mit den Bedürfnissen des praktischen Lebens in Einklang bringen. Es liegt doch auf der Hand, daß der Staat mit dem schweren Apparat seiner Strafjustiz nicht jeden Stockschlag auf der Bühne, jeden Boxkampf, jede Balgerei unter Freunden verfolgen kann oder darf. Es ist darum wohl begreiflich, daß eine vermittelnde Richtung es versucht hat, wenigstens den schlimmsten Folgerungen einer absolut verneinenden Lehre durch eine Differenzierung nach der Art der Körperverletzungen zu entgehen. Dieser Versuch ist mißlungen und zwar durchweg bei allen Vertretern dieser Ansicht, wie verschieden auch die Seiten sind, von denen aus sie das Problem anpacken. Leider, muß man sagen, denn dem Rechtsgefühl würde gerade die vermittelnde Lösung am ehesten entsprechen[177]).

Als Vertreter dieser Richtung sind zu nennen: v. Bar[178]), Wachenfeld[179]), Schaper[180]), v. Frank[181]), Holer[182]), R. Schmidt[183]), Wiebeck[184]), Gerland[185]), Graf zu Dohna[186]), Kiehl[187]), Pfersdorff[188]), Merkel-Liep-

175) Ger.S. Bd. 35 S. 179.

176) Ger.S. Bd. 26 S. 280 und Grundriß Bd. 2 S. 18 unter Hinweis auf das sonst verletzte Rechtsgefühl.

177) Köhler S. 406, der der Einwilligung restlose Wirksamkeit zuerkennen muß, bedauert diese Notwendigkeit sichtlich und wünscht de lege ferenda eine Mittelmeinung.

178) Ges. Bd. 3 S. 58 fg.; Med. Forschung S. 238 fg.

179) S. 132.

180) Holtzd. Hdb. Bd. 2 S. 130.

181) Vorbem. III zum 4. Abschn.

182) S. 123 fg.

183) S. 56 fg.

184) S. 39.

185) VD. Allg. Teil Bd. 2 S. 526 (nur de lege ferenda).

186) Rechtswidrigkeit S. 147 u. S. 149; vgl. auch Recht und Irrtum S. 15 fg.

187) Goltd. Arch. Bd. 54 S. 377 fg.

188) S. 35 fg.

mann[189]), Mannheimer[190]), Meß[191]), Bühring[192]), Mezger[193]) und Träger[194]), endlich auch Zitelmann[195]).

Wie schon angedeutet, treten innerhalb dieser Gruppe wieder Modifizierungen und Schattierungen auf und zwar ebensowohl hinsichtlich der Ergebnisse, als auch der Wege, die zu diesen Ergebnissen führten. Ja, wir können sogar beobachten, daß sich innerhalb der vermittelnden Richtung zwei Untergruppen, eine objektive und eine subjektive, herausheben.

Die eine Gruppe wird von denjenigen Schriftstellern gebildet, die der Einwilligung je nach der größeren oder geringeren Schwere der Körperverletzung eine Wirksamkeit beimessen oder versagen. Man sieht, daß hier der Maßstab ein objektiver ist. Diese Unterscheidung in schwere und leichte Körperverletzungen ist — von jedem Bezug auf die Einwilligung abgesehen — an sich schon keine glückliche. Die gröbsten Unzuträglichkeiten sind etwa die, daß ein schwerer Knochenbruch, falls bei seiner Applikation nur keine Waffe verwendet wurde, zu den „leichten" Körperverletzungen zu zählen ist, während bei Verlust des Daumens nach oberstrichterlicher Rechtsprechung[196]) stets eine „schwere" Körperverletzung vorliegt, die u. U. Zuchthausstrafe nach sich zieht; ein mit der Schere beigebrachter Hautriß ist eine „gefährliche" Körperverletzung, mag er auch für das Opfer weit weniger fühlbar sein, als jene „leichte". Diese Inkonvenienzen lassen sich nur durch sinngemäßen Gebrauch der Lizenz der jeweiligen Strafrahmen, gegenbenenfalls auch durch Annahme mildernder Umstände (§ 228 StGB.) wenn auch nicht ganz beseitigen, so doch einigermaßen ausgleichen. Es liegt nun auf der Hand, daß ein solches Korrektiv dann fehlt, wenn man auf dem Grunde der wenig glücklichen Vorschriften über die Körperverletzung das System aufbaut, nach dem sich die Wirksamkeit der Zustimmung bemißt, mit anderen Worten, wenn man eine starre Beziehung herstellt zwischen den juristisch-technischen — nicht natürlichen — Begriffen der leichten und schweren Körperverletzung einerseits und der Einwilligung andererseits. „Denn eine Kasuistik kann ein gemeinsames, zusammenfassendes Merkmal nicht ersetzen und unterliegt hinsichtlich ihrer Folgen für den einzelnen Fall . . . . erheblichen Bedenken[197])".

Schaper läßt die Einwilligung grundsätzlich nur bei einfachen Mißhandlungen gelten, während sie bei eigentlichen Verletzungen unwirksam bleiben müsse.

Andere Autoren ziehen die Grenzlinie für ihre Wirksamkeit da, wo die Strafbarkeit einer Körperverletzung nicht mehr eines Antrages des Verletzten bedarf. So will v. Bar[198]) die Einwil-

189) S. 190.
190) S. 77 fg.
191) S. 26 fg. und 43.
192) S. 30 fg.
193) Ger. S. Bd. 89 S. 273.
194) Ger. S. Bd. 94 S. 122.
195) Arch. Ziv. Prax. Bd. 99 S. 66, 72, 78 fg.
196) RG. in Goltd. Arch. Bd. 53 S. 74.
197) Begründung zum VE. S. 638.
198) Ges. Bd. 3 S. 58 fg.

ligung wirksam sein lassen bei den auf Antrag verfolgbaren Körperverletzungen, denn der Gesetzgeber habe bei gewissen Delikten durch das Antragserfordernis das Rechtsgut für ein bedingtes (d. h. durch den Willen des Berechtigten bedingtes) erklärt. Die ratio legis könne gerade bei der Körperverletzung zu der Annahme berechtigen, daß das Gesetz in Ansehung des Ausschlusses der Strafbarkeit die Einwilligung zur Handlung der nachträglichen stillschweigenden Verzeihung mindestens gleichgestellt habe. Diesem Grundgedanken schließt sich Honig[199] an. Wohl müsse man sich die Wesensverschiedenheit von Einwilligung und Antragsrecht vergegenwärtigen, indem jene sich auf die materiellrechtliche Bedeutung der an sich strafbaren Handlung beziehe, diese dagegen nur auf ihre prozeßrechtliche Verfolgbarkeit; jedoch dürfe man das Kind nicht gleich mit dem Bade ausschütten und jede Möglichkeit einer Beziehung zwischen Einwilligung und Antragsrecht leugnen. Die rechtspolitischen Gründe für die Gewährung der Einwilligung und des Antragsrechtes seien die gleichen, wenigstens bei der Körperverletzung. Honig[200] macht weiter mit Recht darauf aufmerksam, daß damit auch der Einwilligung bei fahrlässigen Körperverletzungen ohne Rücksicht auf ihre Schwere volle Wirksamkeit zugestanden wird.

Frank[201] baut dieses System dahin aus, daß auch die Einwilligung in eine gefährliche Körperverletzung des § 223a StGB. deren Straflosigkeit herbeiführe. Denn der Gesetzgeber sehe nur mit Rücksicht auf die öffentliche Sicherheit von dem Antragserfordernis ab, die aber im Falle der Zustimmung gar nicht gefährdet sei. Bei der schweren Körperverletzung sei sie jedenfalls dann einflußlos, wenn der Vorsatz des Täters auf den schweren Erfolg gerichtet war. Damit scheint er zugeben zu wollen, daß die Einwilligung unter Umständen — welche dies sind, sagt er nicht — auch bei schweren Körperverletzungen wirken könne.

Andere Autoren wollen nicht das Antragsrecht entscheiden lassen, sondern gehen lieber von dem objektiven Bilde der Verletzung aus. Ergibt es das Vorliegen einer leichten Körperverletzung, so sei die Einwilligung relevant, nicht sei sie es bei schweren Körperverletzungen. Vertreten wird diese Ansicht z. B. von Schaper[202] und Geyer[203], der sich allerdings so verklausuliert, daß wir ihn mit Fug und Recht unter die Vertreter der verneinenden Ansicht gereiht haben.

Wiebeck[204] beruft sich ähnlich wie Geyer auf das staatliche Interesse, das bei den als Antragsdelikte erscheinenden Körperverletzungen viel zu wenig berührt werde, um eine Bestrafung des Täters zu erfordern.

---

199) S. 125 fg.
200) S. 125.
201) S. 135.
202) Holtzd. Hdb. Bd. 2 S. 130.
203) Ger. S. Bd. 26 S. 280, Grundriß Bd. 2 S. 18.
204) S. 39.

Von ähnlichen Grundgedanken geht Kiehl[205]) aus, indem er dem einzelnen sein natürliches Recht, über seine physische Persönlichkeit zu bestimmen dort unangetastet läßt, wo die Verletzung eines konkurrierenden staatlichen Interesses überhaupt nicht in Betracht komme. In diesem Falle könne von einer Zuwiderhandlung gegen die Rechtsordnung nicht die Rede sein, denn das Gesetz wolle seine Normen überhaupt nur unter der stillschweigenden Klausel verstanden wissen, daß die Handlung unter derartigen Umständen geschehen sei, daß sie überhaupt rechtliche Beachtung verdiene — eine Annahme, die Bühring[206]) mit Recht als eine „seltsame Unterstellung" bezeichnet. Darin müssen wir Kiehl[207]) recht geben, daß dem Ergebnis der verneinenden Ansicht „die Vernunft selbst entgegensteht, weil es an der Natur der Dinge und der Erfahrung des täglichen Lebens eine zu gefährliche Probe zu bestehen hätte."

Holer[208]) führt eine Scheidung der Rechtgüter in „bedingte und unbedingte" durch. Erstere seien durch den Willen des Individuums bedingt und hörten mit diesem Willen auf Rechtsgüter zu sein, so daß auch der Schuß entfalle, der nur den Rechtsgütern zukomme. In der Einwilligung liege ein solches Wegfallen des tragenden Willens. Bedingte Rechtsgüter seien u. a. bei allen Antragsvergehen gegeben[209]). Bei den unbedingten Rechtsgütern beseitige die Einwilligung die Rechtswidrigkeit nicht. Nach Holers Terminologie wäre die Körperintegrität zugleich ein bedingtes und unbedingtes Rechtsgut! Gegen dieses unerfreuliche Ergebnis hat sich Kiehl gewandt[210]).

Eine ganz vereinzelte Ansicht vertritt R. Schmidt[211]). Der Tatbestand der Körperverletzung könne sowohl durch „Erregung eines körperlichen Mißbehagens" wie durch „Veränderung der normalen Körperbeschaffenheit" verwirklicht werden. Bestehe die Handlung in der Erfüllung der ersten Alternative, so habe die vorher erteilte Zustimmung die Wirkung das Zustandekommen des Tatbestandes zu verhindern. Denn wer von vornherein auf Stoß, Schlag oder sonstige Nervenerschütterung gefaßt sei, empfinde diese Eingriffe als solche nicht, denn er habe die sensiblen Nerven darauf eingestellt[212]).

---

205) Goltd. Arch. Bd. 54 S. 377.

206) S. 19.

207) Goltd. Arch. Bd. 54 S. 375.

208) S. 87 fg.; S. 107 fg.

209) Holer S. 102.

210) Goltd. Arch. Bd. 54 S. 390 fg. (Nachtrag).

211) S. 55 fg.

212) Treffend wird hier Schmidt von Löffler VD. Bes.Tl. Bd. 5 S. 243 N. 3 widerlegt: Wenn der Verletzte einen Schlag nicht als solchen empfinde, auf den er gefaßt sei, so bedürfe es zur Verhinderung der Tatbestandserfüllung gar keiner Einwilligung, sondern nur einer vorherigen Ankündigung des Schlages durch den Verletzten (an den Verletzten durch den Täter? D. Verf.). Vgl. auch Schäfer S. 73 und Binding Lb. Bes. Teil Bd. 1 S. 45 N. 1. Für Schmidt nur Maey S. 61.

Auch Mezger[213]) schlägt einen eigenen Weg ein, indem er sich der wirtschaftlichen Folgen der Körperverletzungen als Unterscheidungsmerkmal bedient. Dieses Ergebnis gewinnt er durch folgende Ueberlegung: Der Grund für die Wirksamkeit der Einwilligung sei ihre Orientierung am „Prinzip des mangelnden Interesses". Sei allein das Interesse des Verletzten durch die Verbotsnorm geschützt, so sei die Einwilligung wirksam. Seien daneben aber noch andere Interessen als Schutzobjekte von maßgebender Bedeutung, so könne die Einwilligung die Widerrechtlichkeit der Tat nicht ausschließen. Auf dem Gebiete der Körperverletzung müsse daher die Zustimmung dort und nur dort als unwirksam angesehen werden, wo der Verletzte durch die Tat in erheblicher Weise an der Erfüllung seiner sozialen Aufgaben verhindert. Sei dies nicht der Fall, so fehle das Interesse der Allgemeinheit an der Verneinung des Rechtfertigungsgrundes. Mezgers Lehre hat durch Träger[214]) eine treffende Widerlegung erfahren. Wie wäre es z. B. bei dem Verletzten zu halten, der keine sozialen Aufgaben zu erfüllen hat? Auch sonst führe jener Satz zu unannehmbaren Ergebnissen. Gibt jemand aus edlen und achtenswerten Motiven seine Zustimmung zu einer Hauttransplantation und erleidet er dabei auch nur eine geringe körperliche Einbuße, gemessen an den segensreichen Folgen für den anderen, so wäre diese Einwilligung nicht geeignet, die Rechtswidrigkeit zu beseitigen, falls der Zustimmende infolge der Operation längere Zeit an der Erfüllung seiner sozialen Aufgaben gehindert ist — ein Ergebnis, das uns sicher nicht befriedigt.

Wir haben nun einige Vertreter der vermittelnden Meinung zu Worte kommen zu lassen, die für die Abgrenzung der Fälle wirksamer und unwirksamer Einwilligung objektive Kriterien verwenden. Ihnen steht eine andere Richtung gegenüber, die subjektive Gesichtspunkte für diese Scheidung einführen will[215]). Sie wurde dazu veranlaßt durch die Erkenntnis, daß die Abgrenzung, wie sie die objektive Lehre trifft, in nicht seltenen Fällen das Rechtsgefühl zutiefst beleidigt. So bestechend nun auch die subjektive Auffassung auf den ersten Blick aussieht, so mangelhaft ist sie bei näherer Betrachtung.

Graf zu Dohna[216]) spricht der Einwilligung bei den Antragsdelikten zunächst volle Wirksamkeit zu. Nun verläßt er aber das feste Land und begibt sich auf schwankenden Boden, indem er sein subjektives Kriterium einführt: Bei allen Körperverletzungen nämlich, die nicht Antragsdelikte sind, soll „das Merkmal der Vernünftigkeit als Kriterium der Abgrenzung rechtmäßigen und rechtswidrigen Verhaltens" dienen[217]). Dies ist nichts anderes als eine Verzweiflungstat. Das Gesetz gab ihm keine Lösung und andererseits stand er vor der Tatsache, daß die Einwilligung

213) Ger.S. Bd. 89 S. 273.
214) Ger.S. Bd. 94 S. 122.
215) Auch das RG. vertritt in jüngster Zeit eine vermittelnde Meinung auf subjektiver Grundlage. Näheres im nächsten Abschnitt.
216) Rechtswidrigkeit S. 146 fg.
217) Rechtswidrigkeit S. 147.

bei den Antragsdelikten nicht ihre äußerste Grenze finden darf. Es ist aber ein gefährliches Spiel, den Richter, wie es hier geschieht, mit gesetzgeberischen Funktionen auszustatten. Das Gesetz kennt keine anderen Götter neben sich. Entweder es herrscht die Vernunft oder das Gesetz. Damit soll nicht gesagt sein, die Vernünftigkeit sei nicht das erste Ideal des Gesetzes. Wir alle wissen aber, daß das Gesetz im Einzelfalle unvernünftig wirken kann. Es sind dies die Urteile, „die das Volk nicht versteht". Hat man aber einmal der Vernünftigkeit die Macht zugesprochen, an Gesetzes Statt die Entscheidung zu treffen, so steigt sie von dem Platze neben dem Gesetz alsbald an die beherrschende Stelle, um das Gesetz ganz zu unterjochen. Außerdem ist das Merkmal der Vernünftigkeit allzu vieldeutig und noch weit unbestimmter, als z. B. der Begriff der „guten Sitten". Ist der Richter vor die Frage gestellt, ob er eine nicht ganz leichte Körperverletzung mit Zustimmung des Verletzten straflos lassen soll, so müßte er die beteiligten Interessen des Staates, der Gesellschaft, des Verletzten und des Täters abwägen, was einzig Sache des Gesetzgebers ist. In der Folge hat Graf zu Dohna [218]) sich damit einverstanden erklärt, daß die guten Sitten das entscheidende Kriterium für die Straflosigkeit bezw. Strafbarkeit einer Körperverletzung mit Einwilligung abgeben sollen. Eingeführt wurde der Begriff der guten Sitten ins Strafrecht durch die heiß umstrittene Schrift Zitelmanns über den „Ausschluß der Widerrechtlichkeit" [219]). Dieser Gedanke wurde allerdings bereits von Ullmann [220]) ventiliert. Neuerdings vertritt ihn noch Honig [221]). Er ist der Meinung, daß die Einwilligung Straflosigkeit dann nicht bewirken könne, „wenn die Handlung, in die gewilligt wurde, und im hat, der dem „„sittlichen Bewußtsein"" widerspricht". Diesen Prinzip rechtswirksam eingewilligt werden konnte, einen Inhalt Satz vertritt Honig bereits de lege lata, ohne ihn allerdings aus dem Gesetz begründen zu können. De lege ferenda empfiehlt er die Einführung dieser Scheidelinie zwischen wirksamer und unwirksamer Einwilligung nicht nur bei Körperverletzung, sondern auch bei Freiheitsberaubung [222]).

In der konsequenten Verfolgung seiner Rechtsgeschäftstheorie gelangt Zitelmann [223]) zu dem Ergebnis, daß die Einwilligung immer wirksam ist, soweit sie nicht gegen die guten Sitten verstößt. Die Deduktion, daß jede Einwilligung ein Rechtsgeschäft sei [224]), führt ihn zu der Aufnahme dieses subjektiven Entscheidungsfaktors [225]).

---

218) Recht und Irrtum S. 15 fg.
219) Arch. Ziv. Prax. Bd. 99 S. 72 fg.
220) Ger. S. Bd. 37 S. 531.
221) S. 136 fg.
222) Honig S. 138.
223) Arch. Ziv. Prax. Bd. 99 S. 66, 72, 78 fg.; ebenso Metz S. 26 fg.
224) A. a. O. S. 48.
225) Ihm schließt sich der Leipz. Komm. zu § 223 N. 9 an, verschlimmert aber Zitelmanns Lehre noch dadurch, daß er dekretiert, die Einwilligung in eine leichte Körperverletzung sei wirksam, da nicht sittenwidrig, „bei den übrigen Arten der Körperverletzung würde ein der-

Endlich bedienen sich eines subjektiven Merkmals auch diejenigen Autoren, die auf den staatlich anerkannten Zweck der Handlung abstellen, wie Mannheimer[226]) und Bühring[227]) es tun. Sie gehen beide davon aus, daß „dem Strafrecht als Ganzem ein bestimmter höherer Zweck innewohnt. . . . Dieser subsidiäre Zweck muß eben bei allen Tatbeständen als aus dem Hintergrund hervortretend gedacht werden[228])". Daß die Handlung mit Einwilligung zu diesem Zweck der Strafgesetze nicht in Widerspruch trete, sei die ergänzende Bedingung („das Korrelat") ihrer Rechtsbeständigkeit. Aehnlich Bühring: „Wenn eine dem Tatbestand eines strafrechtlichen Verbotes entsprechende Handlung sich als das rechtlich gebilligte, sachlich angemessene Mittel zur Erreichung eines staatlich anerkannten Zwecks erweist, ... so ist die Rechtswidrigkeit ausgeschlossen." Diese Auffassung hat den Vorzug, daß wie Bühring[229]) ausdrücklich feststellt, die Wirksamkeit der Einwilligung danach keineswegs auf leichte Körperverletzungen beschränkt ist, andererseits nicht die notwendige Folge der Qualifikation einer Handlung als leichte Körperverletzung ist. Diese vermittelnde Meinung vermeidet somit die festgestellten Inkonvenienzen derjenigen Ansicht, die der Einwilligung nur dann eine Wirksamkeit zuspricht, wenn die vom Verletzten zugelassene Körperverletzung ein Antragsdelikt war. Andererseits jedoch hat sie den unüberwindlichen Nachteil, daß dem Gesetze Gewalt angetan wird, wenn man seinen imaginären Zweck gegenüber seinen klaren Tatbeständen mit derogierender Kraft ausstatten wollte. Von einem solchen Vorgehen gilt das gleiche, wie von Graf zu Dohnas Merkmal der „Vernünftigkeit". Beide dürfen nicht einen Platz usurpieren, der allein dem Gesetze zusteht. Gegen das geschriebene Recht die Philosophie aufzurufen, ist nur dort angängig, wo es sich um Erwägungen de lege ferenda handelt, nicht aber dort, wo es gilt, einen praktischen Fall strafrechtlich zu würdigen. Wie wenig in der Praxis damit anzufangen ist, zeigt Mannheimer ungewollt selbst[230]). Er rühmt zunächst die gute Brauchbarkeit seines Entscheidungsmerkmales. Es lassen sich der Clown im Zirkus, der Schauspieler auf der Bühne verprügeln. Wo sei hier der staatlich anerkannte Zweck? Er liege in der Unterhaltung des Publikums. Schon die alten Römer hätten erkannt, daß dieser Zweck ein notwendiger sei, denn sie hätten nicht nur „panem", sondern auch „circenses" verlangt.

artiges, die Einwilligung betreffendes Rechtsgeschäft gegen die guten Sitten verstoßen und deshalb ungültig sein". Wir haben aber bereits festgestellt, daß eine „gefährliche" Körperverletzung für den Verletzten zehnmal weniger Bedeutung haben kann, als ein durch einen Faustschlag herbeigeführter Schädelbruch, der sich noch als leichte Körperverletzung qualifiziert! Der unbestreitbare Vorzug der Anerkennung der guten Sitten im Rechte besteht in ihrer Elastizität, die durch das Einzwängen in die spanischen Stiefel des erwähnten Vorschlags verloren ginge.

226) S. 77 fg.
227) S. 30 fg.
228) Mannheimer S. 79.
229) S. 32.
230) S. 83.

Wenn man aber in Betracht zieht, welche Rohheiten, Geschmacklosigkeiten und Ungesetzlichkeiten in Rom unter der letzteren Sammelbezeichnung passierten, so müssen berechtigte Zweifel darüber auftauchen, ob der staatlich anerkannte Zweck ein geeignetes Kriterium für die Entscheidung unserer Frage abgibt. Führt man das Zweckmoment einmal ein, so ist der Zweifel und Streitfragen kein Ende.

Wir haben aus der eingehenden Würdigung aller Schattierungen der vermittelnden Ansicht die Ueberzeugung gewonnen, daß sie sich de lege lata nicht vertreten läßt oder dort, wo eine Begründung noch einleuchtend wäre, wie bei der Verbindung zwischen Strafantragsrecht und Einwilligung, dem praktischen Bedürfnis nach Straflosigkeit wirklich geringer (nicht „leichter") Körperverletzungen einerseits, nach Strafbarkeit bedenklicher, schwerwiegender Eingriffe in die körperliche Unversehrtheit des Verletzten andererseits nicht gerecht werden kann. Für uns ergibt sich daraus die Ueberzeugung, daß das geltende Recht nur eines der beiden Extreme zuläßt [231]). Die vermittelnde Ansicht ist nicht haltbar, die verneinende ist im Absterben begriffen, so daß uns nur mehr übrig bleibt, den Standpunkt der bejahenden Ansicht einzunehmen, die übrigens „marschiert" und den Anspruch auf die Bezeichnung als die „herrschende" rechtfertigt, auch wenn sie das Reichsgericht nicht auf ihrer Seite hat.

§ 3. Die bejahende Ansicht.

Die meisten Autoren, die sich mit der Frage nach der Wirksamkeit der Einwilligung in eine Körperverletzung vom Standpunkte des geltenden Rechtes aus befassen, gelangen zu dem Ergebnis, daß die Rechtswidrigkeit durch die Zustimmung des Verletzten ohne Einschränkung beseitigt wird. Hier wären u. a. zu nennen:

Allfeld [232]), Binding [233]), Blume [234]), Finger [235]), Hartwig [236]), Heimberger [237]), Joski [238]), Kahl [239]), Keßler [240]), Kleinfeller [241]), Klee [242]), Köhler [243]), Kronecker [244]), M. E. Mayer [245]), Olshausen [246]), Ortmann [247]);

231) So Hartwig Ger.S. Bd. 83 S. 34; Blume S. 50.
232) S. 345.
233) Hdb. Bd. 1 S. 724, Lb. Bes. Tl. Bd. 1 S. 45.
234) S. 51 fg.
235) Lb. Bd. 1 S. 416.
236) Ger.S. Bd. 82 S. 325 fg., Bd. 83 S. 34.
237) S. 8.
238) S. 33 fg.
239) Z. St. W. Bd. 29 S. 364.
240) S. 72 fg.
241) Goltd. Arch. Bd. 64 S. 222.
242) Goltd. Arch. Bd. 50 S. 374.
243) S. 405 fg.
244) Ger.S. Bd. 35 S. 219 fg.
245) S. 291.
246) Komm. zu § 223 N. 9a.
247) Goltd. Arch. Bd. 25 S. 119.

Rödenbeck[248]), Schäfer[249]), Ullmann[250]), v. Wächter[251]), Zimmermann[252]).

Es würde zu weit führen, alle Argumente sämtlicher Vertreter der bejahenden Lehre hier zu Worte kommen zu lassen. Wir wollen uns vielmehr darauf beschränken, die gebräuchlichsten und stets wiederkehrenden Beweismittel kurz darzulegen und zu würdigen.

Vorher jedoch soll eine gedrängte Darstellung der Lehre Keßlers erfolgen, einmal weil sie die erste in sich geschlossene und gründliche Behandlung unseres Problems bildet, dann auch, weil sie in verschiedenen Punkten der Beweisführung eigene Wege einschlägt. Keßler[253]) geht davon aus, daß der Zweck des Strafgesetzes der Schutz menschlicher Interessen sei. Der Verletzte ist derjenige, dessen Interesse durch die bezügliche Strafbestimmung geschützt werden sollte. Wer nun mit bewußtem Willen eine seinem Gute gefährliche Handlung gestatte, beweise damit, daß es insoweit kein Gut mehr für ihn sei, oder, was dasselbe sei, daß er kein Interesse am Unterbleiben der gefährlichen Handlung habe. Das frühere Interesse dieses Inhalts habe aufgehört zu existieren und könne daher hinfort weder verletzt noch geschützt werden.

Nun erhebe sich die weitere Frage[254]): „Sind diejenigen Verbrechen, bei denen die Wirksamkeit der Einwilligung streitig ist oder sein kann, zum Schutze nur des einen nächstbeteiligten Interesses oder auch noch anderer Interessen mit Strafe bedroht?" Man dürfe sich nicht mit dem Hinweis begnügen, daß bei diesen streitigen Fällen ein öffentliches Interesse beteiligt sei; ein etwa vorhandenes öffentliches Interesse brauche deshalb noch kein rechtlich, geschweige denn strafrechtlich geschütztes Interesse zu sein. In der Folge beschäftigt sich Keßler eingehend mit den verschiedenen Seiten des Begriffs des öffentlichen Interesses, wobei er zu dem Ergebnis gelangt[255]), daß das eigentliche öffentliche Interesse das der Allgemeinheit sei, das man auch das Interesse der öffentlichen Sittlichkeit, Sicherheit oder Ordnung nennen könne. Sodann teilt Keßler die strafbaren Handlungen darnach ein, ob sie verboten sind zum Schutze entweder

1. des Interesses nur einer Person, oder
2. der Interessen mehrerer Personen, oder
3. eines Staatsinteresses, oder
4. eines öffentlichen Interesses im eigentlichen Sinne.

In den letzten beiden Fällen sei die Einwilligung bedeutungslos und zwar sei sie im Falle 4 begrifflich ausgeschlossen, während der Fall 3 praktisch einer unmöglichen Einwilligung gleichzusetzen sei.

248) Zweikampf S. 38 und 47.
249) S. 74 fg.
250) Ger.S. Bd. 37 S. 555.
251) S. 189.
252) Goltd. Arch. Bd. 29 S. 440.
253) S. 48 fg.
254) S. 57.
255) S. 63.

In den Fällen der 1. und 2. Alternative müsse die Einwilligung voll wirksam sein. Hinsichtlich der Interessen unter 3. und 4 mache es keinen Unterschied, ob dieselben ausschließlich oder nur mit geschützt seien, doch müßten diese Interessen bestimmungsmäßig vom Gesetz mit geschützt sein. Dies sei aber nicht der Fall; geschützt sei vielmehr nur das Interesse des unmittelbar beteiligten Individuums. Denn die strafbare Körperverletzung bestehe nach dem Wortlaut des Gesetzes in der Verletzung eines anderen. Wäre der Schutz der unter 2 bis 4 genannten Interessen beabsichtigt, so hätte die Selbstverletzung in genau demselben Maße wie die Verletzung eines anderen gesetzlich bestraft werden müssen [257]). Daraus, daß der Gesetzgeber nicht gegen die Selbstverletzung eingeschritten ist, zieht Keßler die entsprechenden Schlüsse, wobei er über den Grund für dieses Verhalten des Gesetzgebers recht einleuchtende Mutmaßungen anstellt: Nur im Falle des § 142 sei noch ein anderes Interesse als das des Verletzten geschützt, nämlich das Interesse des Staates an der Erhaltung der Wehrkraft [258]). Dieser Paragraph erhärtet zugleich das vorhin aus der Straflosigkeit der Selbstverletzung gewonnene Argument für die Ausschließlichkeit des Einzelinteressenschutzes beim Delikte der Körperverletzung, denn er zeige, daß die Selbstverletzung in dem Augenblicke für den Gesetzgeber nicht mehr gleichgültig sei, in dem er die Interessen eines anderen an der Körperintegrität des Individuums vor Beeinträchtigung bewahren wolle. Da somit durch das Verbot der Körperverletzung nur der einzelne geschützt werden solle, schließe die Einwilligung nach dem oben Gesagten die Rechtswidrigkeit aus.

Und gleich zieht Keßler noch einen weiteren Beweis seiner Behauptung aus § 142, indem er den dort gegebenen Strafrahmen vergleichsweise der Strafdrohung des § 225 StGB. gegenüberstellt. Im ersteren Falle erwarten den Täter nur 1 bis 5 Jahre Gefängnis, während die gleiche, nicht vom Zwecke einer Schädigung der Wehrkraft getragene Handlung mit Zuchthaus von 2 bis 10 Jahren gesühnt werden müßte, falls man dabei der Einwilligung eine rechtfertigende Wirkung absprechen wollte. Mit Recht stellt Keßler fest, daß eine zum Zwecke der Untauglichmachung erfolgende Verstümmelung nicht anders denn als schwere Körperverletzung denkbar ist — eine Erkenntnis, die sich fast alle [259]) Vertreter der bejahenden Lehre zu eigen gemacht und auch zur Beweisführung verwendet haben. Sie heben mit gutem Grunde hervor, daß der § 142, wenn man sich auf den gegnerischen Standpunkt stellt, seine zweifellos beabsichtigte Eigenschaft als qualifizierte Begehungsart einer äußerlich gleichen Handlung verlieren müßte und zum Privilegierungsgrund gestempelt würde [260]) Es würde dann die neben der Schädigung fremder Körperintegrität eingetretene Schwächung der Wehrkraft den Täter günstiger

[257]) Ebenso Joski S. 33; Hartmann Grünh. Z. Bd. 27 S. 75; Klee Goltd. Arch. Bd. 50 S. 367; Schäfer S. 76; Olsh. Komm. zu § 223 N. 9a.
[258]) S. 75.
[259]) Vgl. die Lit. bei Bühring S. 15 N. 1.
[260]) Vgl. statt aller Hartwig Ger.S. Bd. 82 S. 333.

stellen, als wenn ihm diese Absicht fehlte. Darüber darf auch die Stellung des § 142 unter den Delikten gegen die öffentliche Ordnung nicht hinwegtäuschen. Es ist noch erwähnenswert, daß man sich an dem Ausdruck „Verlangen" in der zitierten Gesetzesbestimmung nicht stoßen darf, denn diese enthält nicht mehr als den Begriff der Einwilligung. Olshausen[261]) hat das überzeugend nachgewiesen. Allenfallsigen Zweifeln hat der VE. unter Anerkennung dieses Standpunktes den Weg dadurch verbaut, daß er in seinem § 151 den Ausdruck „Zustimmung" gebraucht. Daß aber Zustimmung und Einwilligung gleichbedeutende Worte sind, haben wir oben bei der Begriffsbestimmung der Einwilligung unter Berufung auf namhafte Autoren festgestellt. Es ist aber nicht anzunehmen, daß der VE. durch diese Maßnahme eine Revolution im Tatbestande dieses Delikts herbeiführen wollte, bezweckt war vielmehr nur eine Verbesserung der sprachlichen Formulierung[262]). Nun hat R. Schmidt[263]) gegen die Folgerungen, die von den Vertretern der bejahenden Ansicht aus § 142 StGB. gezogen wurden, dadurch anzukämpfen versucht, daß er behauptet, der Fall dürfte ein casus rarissimus sein, daß sich jemand zum Zwecke der Umgehung der Wehrpflicht eine schwere Körperverletzung zufügen lasse; zur Ausfüllung des § 142 dienten in aller Regel nur leichte und gefährliche Körperverletzungen nach §§ 223 und 223a StGB. Dies beweist aber nichts gegen die Fälle, in denen tatsächlich die Voraussetzungen des § 224 StGB. vorliegen[264]). Das dürfte gar nicht einmal so selten sein, nachdem sich die Praxis auf den Standpunkt gestellt hat, daß auch ein einzelner bestimmter Finger ein wichtiges Glied des Körpers sei[265]). Noch weniger Substanz kann sich der einzelne zur Vermeidung der Wehrpflicht kaum abhacken lassen, das wird uns auch R. Schmidt zugeben; mit einer fehlenden Zehe oder Ohrmuschel hätte er vor den Augen eines Militärarztes auch in den ruhigsten Friedenszeiten keine Gnade gefunden. Eine Gruppe von Schriftstellern[266]) wendet gegen unseren Schluß aus § 142 ein, daß diese Vorschrift zu den §§ 223 fg. in Idealkonkurrenz stehe. Zur Abweisung dieser Angriffe sei auf folgende Gesichtspunkte hingewiesen: Erstens ist der § 142 ein Sonderdelikt, da es sich nicht nur gegen die körperliche Unversehrtheit, sondern noch dazu gegen die Wehrkraft des Staates richtet. Wäre die Strafe aus § 225 zu entnehmen, so würde das Verbrechen seine Sonderstellung einbüßen, sobald es zugleich den Tatbestand der schweren Körperverletzung erfüllt. Der zweite, noch wichtigere Grund besteht darin, daß im Falle einer schweren Körperverletzung, begangen durch einen anderen,

261) Zu § 142 N. 5.

262) Vgl. die Begr. zum VE. zu § 151 S. 507.

263) S. 58; ebenso v. Bar Med. Forschung S. 237; Löffler VD Bes. Tl. Bd. 5 S. 242; Pfersdorff S. 50; Holer S. 133; Bühring S. 24.

264) Vgl. Köhler S. 406.

265) Dies spricht das RG in Goltd. Arch. Bd. 53 S. 74 hinsichtlich des Daumens aus.

266) Breithaupt S. 64; Pfersdorff S. 50; Holer S. 133 fg.; Löffler VD Bes. Tl. Bd. 5 S. 242, welch letzterer Idealkonkurrenz oder doch wenigstens Gesetzeskonkurrenz annimmt.

der Täter mit einer Mindestzuchthausstrafe von 2 Jahren bestraft werden müßte. Hätte sich aber der Wehrpflichtige selbst durch eine gleichschwere Verstümmelung dienstuntauglich gemacht, so würde ihm nur eine Gefängnisstrafe von einem Jahre aufwärts winken, obwohl die Verletzung des öffentlichen Interesses die gleiche ist und § 142 Abs. 2 „dieselbe Strafe" für beide Begehungsformen des Delikts vorschreibt[267]). Endlich steuert auch Allfeld[268]) ein gewichtiges Argument bei gegen ein Verhältnis von Idealkonkurrenz oder Subsidiarität zwischen § 142 und § 225. Da die Verletzung zur Umgehung der Wehrpflicht fast stets eine solche nach § 225 sein wird, so erhebt sich die Frage, wann überhaupt § 142 zur Anwendung kommen sollte.

Abschließend soll bezüglich § 142 die Ansicht Olshausens[269]) unterstützt werden, daß dort „offenbar der — nach Ansicht des Gesetzgebers — allein eine Bestrafung heischende Fall überhaupt kriminalisiert wird, im übrigen aber der Einwilligung bei der Körperverletzung strafausschließender Charakter zukommt."

Noch eine weitere Bestimmung des geltenden StGB. ist zur Lösung der Frage nach der Bedeutung der Einwilligung bei der Körperverletzung herangezogen worden; es ist dies § 216, der die Tötung auf Verlangen behandelt.

Auch hier wollen wir zunächst Keßler zu Worte kommen lassen. Er lehnt eine analoge Anwendung der zit. Vorschrift auf das Gebiet der Körperverletzung ab, denn er sieht die Tötung auf Verlangen als ein ganz eigenartiges Delikt an. „Die vorsätzliche Tötung ist ein absonderlich schweres Verbrechen."[270]) Bevor man einen Analogieschluß auf die Strafbarkeit auch der körperlichen Verletzung eines Einwilligenden ziehen dürfe, müsse erst feststehen, daß er der Ausfluß eines allgemeinen gesetzgeberischen Prinzips sei. Keßler entnimmt daher dem § 216 ein argumentum e contrario für die Straflosigkeit von Verletzungen Einwilligender in anderen Fällen als denen der vorsätzlichen Tötung[271]).

H. Meyer[272]) zieht im Gegensatz zu Kiehl einen Analogieschluß dahin, daß die in § 216 StGB. erfolgte starke Ermäßigung der Strafe bei der mit Einwilligung vorgenommenen Körperverletzung ein völliges Wegfallen der Strafe bedingen müsse[273]).

267) Vgl. Schäfer S. 68.

268) S. 346.

269) N. 9 zu § 223.

270) S. 9.

271) Für analoge Anwendung Kiehl Goltd. Arch. Bd. 54 S. 361. Die analoge Milderung der Strafe bei der Körperverletzung sei im weiten Strafrahmen des § 223 enthalten, ferner in § 228, der mildernde Umstände vorsehe. Aber gerade für den § 225, der die gröbsten Unzuträglichkeiten in sich birgt, sind mildernde Umstände nicht vorgesehen. Auch Mannheimer S. 68 zieht aus § 216, wenn überhaupt, nur einen Schluß auf die Einwilligung als Strafmilderungsgrund.

272) Lb. S. 289 und 319.

273) Diese Art von Analogie bezeichnet Rödenbeck Zweikampf S. 47 N. 56 mit gutem Grunde als unberechtigt, obwohl er selbst ein An-

Ueberhaupt läßt sich wohl aus § 216 StGB. kein schlüssiger Beweis für die Wirksamkeit der Einwilligung in Körperverletzungen entnehmen [274]), denn in § 216 wird schließlich nicht die „Tötung mit Einwilligung", sondern nur die „Tötung auf ausdrückliches und ernstliches Verlangen" normiert, in welchem Falle die Initiative ausschließlich vom Verletzten ausgeht, während doch bei der Einwilligung in aller Regel der Täter den Anstoß zur Handlung gibt. § 216 ist mithin eine Sonderbestimmung, „der allgemeine Sätze nicht entnommen werden dürfen," wie der Staatsminister Dr. Leonhardt in einer Reichstagsrede im Jahre 1870 [275]) hervorhob. Immerhin ist es zulässig, auf die groben Unzuträglichkeiten hinzuweisen, die sich aus dem Unterschied im Strafmaß des § 216 einerseits und des § 224 oder gar 225 andererseits ergeben.

In ähnlicher, wie der gerade geschilderten Weise sucht Binding [276]) aus einem Komplex von Bestimmungen des StGB. einen Anhaltspunkt für die Lösung unserer Frage in bejahendem Sinne zu gewinnen. Es handelt sich um die strafrechtliche Regelung des Zweikampfes. Nach Binding willigt jeder der beiden Kämpfer in die nach vereinbarten oder hergebrachten Kampfregeln erfolgenden Angriffshandlungen, allerdings nicht so, daß die Einwilligung unmittelbar auf die Verletzung gerichtet ist, sondern nur als eventuelle Einwilligung für den Fall der Verletzung. Die mit Einwilligung des Gegners stattgefundenen Körperverletzungen werden aber nicht als solche verfolgt, sondern nur im Falle einer vorsätzlichen Uebertretung der Kampfregeln (§ 207 StGB.) Wenn nun, fährt Binding fort, schon die „eventuelle" Einwilligung eine solche Wirkung auslöse, so müsse erst recht die „prinzipale" die Strafbarkeit aufheben. Abgesehen davon, daß eine eventuelle (bedingte) Zustimmung schwerlich wirksam sein kann, — was sich allerdings durch die Formulierung „unbedingte Zustimmung zu der eventuellen Verletzung" leicht korrigieren ließe — könnte aus den Bestimmungen über den Zweikampf gerade die Strafbarkeit der übrigen mit Einwilligung begangenen Verletzungen gefolgert werden. Denn es ist allgemein anerkannt, daß die bevorzugte Behandlung dieses Delikts nur aus der Rücksicht des Gesetzgebers auf unausrottbare Gepflogenheiten und Anschauungen gewisser Gesellschaftskreise zu erklären ist, woraus sich ergeben würde, daß nur hier die Einwilligung eine strafmildernde Wirkung hat [277]). Daraus folgt also, daß die Strafbestimmungen über den Zweikampf nicht wohl zum Beweise der bejahenden Lehre geeignet sind.

Auch einen mit dem Zweikampf verwandten Komplex hat man mit zweifelhaftem Erfolg zum Beweise der Wirksamkeit der

hänger der bejahenden Lehre ist. „Das hieße nicht mehr das Gesetz anwenden, sondern nach eigenem Gutdünken Gesetze machen." Blume S. 57 fg. dagegen unterstützt einen solchen Analogieschluß.

[274]) Ebenso v. Bar Ges. Bd. 3 S. 57; ders. Med. Forsch. S. 236; Schäfer S. 61 fg.

[275]) Sten. Ber. Bd. 2 S. 658; ähnlich Keßler S. 9.

[276]) Hdb. Bd. 1 S. 723, Lb. Bd. 1 S. 44.

[277]) So Pfersdorff S. 52 fg.

Einwilligung heranzuziehen versucht: die studentische Schlägermensur. Das RG. betrachtet sie bekanntlich als strafbaren Zweikampf [278]). Dagegen haben sich gewichtige Stimmen [279]) erhoben, mit der Begründung, der Schläger sei nicht zur Tötung bestimmt, oder die angewandten Vorsichtsmaßnahmen verhinderten einen tödlichen Erfolg. Wie will man aber die Straflosigkeit der Mensur begründen, wenn man den Schläger nicht als tödliche Waffe betrachtet, wodurch die dabei vorkommenden Verletzungen unter die Körperverletzungsbestimmungen fallen? Verschiedentlich hat man behauptet, durch die Einwilligung der Kämpfer würden diese Verletzungen gerechtfertigt. Hätte die Einwilligung nun keine unrechtsausschließende Wirkung, so bestünde das Mißverhältnis, das der ungefährliche Zweikampf u. U. als schwere Körperverletzung mit mindestens einem Jahre Gefängnis zu bestrafen wäre, wohingegen das gefährliche Duell mit custodia honesta von weit geringerer Mindestdauer bestraft werde. Diesem Argument könnte man wieder damit die Spitze abbrechen, daß die gesetzgeberischen Rücksichten für die Sonderbehandlung des Zweikampfes dem studentischen Waffenspiel nicht zur Seite stehen. — Uebrigens kommen v. Liszt [280]) und v. Frank [281]) bei der Konstruktion der Straflosigkeit dieser Waffenübung ohne die Einwilligung aus, da sie die dabei auftretenden Verletzungen als „zum Zweikampf gehörig" ansehen, so daß sie nicht getrennt zur Verantwortung gezogen werden können. Die Materie des Zweikampfes aber sei im 15. Abschnitt erschöpfend geregelt und damit sei für die Bestrafung des Zweikampfes mit nichttödlichen Waffen kein Raum mehr.

Wir sehen daraus, daß die Verwertung des Zweikampfes einschließlich der studentischen Schlägermensur zum Beweise der affirmativen Lehre nicht als glücklicher Wurf bezeichnet werden kann. Letztlich kann man auf diese Beweise auch recht gut verzichten, denn der § 142 StGB. in Verbindung mit der Inkonvenienz, die sich aus dem Vergleiche des Strafmaßes im § 216 einerseits, §§ 224 und 225 andererseits ergibt, liefert uns so gewichtige Argumente für die Richtigkeit unserer Ansicht, daß wir sie als hinreichend begründet bezeichnen dürfen. Wir haben hier ein Problem vor uns, bei dem das Heil weniger im mathematischen Beweis der These, als vielmehr im richtigen Erfühlen des Geistes ruht, der das positive Recht durchzieht. Der Grund für dieses Vorgehen liegt darin, daß der Gesetzgeber in den bei der Argumentierung verwendeten Gesetzesstellen seine Meinung verschleiert dargelegt hat und damit nicht Posten gegeben hat, deren Summierung „aufgeht", wie das Rechenexempel einer Elementarschule.

---

278) Bd. 8 S. 87, Bd. 60 S. 257.

279) Binding Hdb. Bd. 1 S. 368, Lb. Bd. 1 S. 69; v. Liszt-Schmidt S. 493 (§ 93 II 4); Olsh. N. 4 zu § 201; Frank 15. Abschn. II 2; Allfeld S. 359; Wachenfeld S. 335 u. v. a.

280) v. Liszt-Schmidt S. 493 fg. (§ 93 II 4).

281) 15. Abschn. III.

Köhler[282]) hat dies sehr fein erfaßt, wenn er der bejahenden Lehre folgenden Ausdruck verleiht: „Abgesehen von solchen gesetzlichen Ausnahmefällen[283]) vermag die Einwilligung die Rechtswidrigkeit bei Körperverletzungen zu beseitigen. Die gegenteilige Annahme wäre unnatürlich[284]). Man denke nur an Scherz und Spiel, wo dergleichen nach allgemeiner Ueberzeugung[285]) tausendfach und zwar nicht als Unrecht geübt wird. Wenn ferner das ernstliche Verlangen bei Tötung sogar die vorsätzliche überlegte Ausführung bis zu einem Vergehen herabdrückt, so ist es unwahrscheinlich[286]), daß es bei schweren wie bei leichten Körperverletzungen gänzlich einflußlos bleiben soll." (Es folgt nun die bereits geschilderte Argumentation aus § 142 StGB.) In ähnlicher Weise drückt ein bedeutsamer Satz Bindings[287]) diesen Sachverhalt aus: „So zweckmäßig es wäre, bei der schweren Körperverletzung die Einwilligung nicht als Grund ausgeschlossener Rechtswidrigkeit, sondern nur gemilderter Strafbarkeit zu behandeln, so kann für jeden, der das Gesetzbuch als ein Ganzes auslegt, ein Zweifel nicht sein, daß die Körperverletzung Einwiligender straflos bleiben soll."

Das Bedauern Bindings, die schwere Körperverletzung mit Einwilligung straflos lassen zu müssen, teilt auch Köhler[288]), wenn er sagt: „De lege ferenda kann man allerdings wünschen, daß die Einwilligung in schwere Körperverletzungen den Täter nicht straflos mache." Diese Aeußerungen beruhen auf der Tatsache, daß die Straflosigkeit aller mit Einwilligung erfolgten Körperverletzungen im Einzelfalle dem Rechtsgefühl entschieden widersprechen kann. Jedoch ist dabei zu bedenken, daß in einem solchen Falle das Rechtsgefühl eine Strafe nicht so sehr deshalb heischt, weil die Körperintegrität eines Menschen verletzt wurde, als darum, weil die Tat gegen die guten Sitten verstößt[289]). Allzu häufig wird eine solche Verletzung unseres sittlichen Empfindens wohl nicht eintreten, denn der Selbsterhaltungstrieb des einzelnen bildet ein geeignetes Regulativ gegenüber dem Ueberhandnehmen bedeutender Körperverletzungen mit Einwilligung[290]).

[282]) S. 405 fg.

[283]) Gemeint sind die Fälle, wo eine mit Einwilligung begangene Körperverletzung zugleich bestimmte fremde Interessen (seien es auch öffentliche Interessen) verletzt (Beispiele hiefür §§ 142, 205 u. 222); vgl. Köhler a. a. O.

[284]) Die hervorgehobenen Wendungen lassen die Resignation hinsichtlich eines mathematisch-exakten Beweises erkennen.

[285]) Vgl. N. 284.

[286]) Vgl. N. 284.

[287]) Hdb. Bd. 1 S. 722.

[288]) S. 406.

[289]) Vgl. Schäfer S. 79; Bühring S. 56.

[290]) Vgl. Keßler S. 75; Schäfer S. 79 fg.

II. Abschnitt.

Die Entwicklung in der Rechtsprechung.

Es ist nicht ohne Interesse von unserem nunmehr eingenommenen Standpunkt aus die Entwicklung der Rechtsprechung in Beziehung auf unsere Frage zu übersehen. Dieses Unternehmen ist um so reizvoller, als sich das Reichsgericht gerade in jüngster Zeit entschlossen hat, seine von Anfang an ausgesprochene und trotz aller berechtigten Angriffe mit größter Zähigkeit behauptete Lehre von der völligen Wirkungslosigkeit der Einwilligung aufzugeben. Zwei Stützpunkte hat sich das RG. geschaffen, auf die es sich immer wieder mit bewundernswerter Intransigenz zurückgezogen hat: es sind dies die Urteile vom 15. November 1880 [291]) und vom 22. Februar 1882 [292]). Dabei hat es sich über die Gründe seiner Auffassung nur im ersten der zit. Urteile ausgesprochen. Sie sind kurz zusammengefaßt folgende: Leben und Gesundheit seien „unveräußerliche Güter" und damit der Verfügungsgewalt des einzelnen entzogen. Das Interesse der Allgemeinheit an der Erhaltung der Körperintegrität des Individuums müsse gegenüber dem Willen des einzelnen überwiegen. Daß dies auch der Meinung des Gesetzes entspreche, gehe klar aus dem Schweigen des Allg. Teils bezüglich der Einwilligung hervor. Daß dieses Schweigen konkludente Bedeutung habe, beweise auch der § 216 RStGB., denn dort sei die Einwilligung ausdrücklich erwähnt: daraus gehe hervor, daß ihr überall sonst eine rechtliche Wirkung nicht beigelegt werden sollte [293]).

Das Urteil wendet sich in der Folge gegen die vermittelnde Lehre, indem es die Auffassung ablehnt, das Rechtsgut der körperlichen Integrität sei gegenüber gewissen Arten von Verletzungen verzichtbar [294]). „Denn der Unterschied zwischen leichten und schweren Körperverletzungen" sei „je nach ihrer geringeren oder größeren Bedeutung für die Gesundheit nur ein relativer Begriff und könne „darum der bezeichneten Entscheidung nicht zugrunde gelegt werden." Diese Ablehnung der Mittelmeinung kann man nur unterschreiben, denn wir haben oben gesehen, daß das geltende Recht für die vermittelnde Ansicht keine haltbare Unterlage bietet. Hier heißt es: sic aut non, tertium non datur. — Diesem Urteil liegt als Tatbestand eine beim Versuch einer Tötung auf Verlangen (§ 216 StGB.) verübte Körperverletzung zugrunde.

Die zweite der erwähnten Entscheidungen enthält für unser Thema nur den lakonischen Satz: „ . . . . noch läßt sich bei dem Mangel einer dem § 216 StGB's nachgebildeten Vorschrift für

291) RG Bd. 2 S. 442 fg.

292) RG Bd. 6 S. 61 fg. (insbes. S. 63).

293) Bezüglich der Widerlegung dieser Ausführungen wird auf die Behandlung der verneinenden Lehre (§ 1 im I. Abschn. dieses Hauptteils) verwiesen.

294) Holer S. 104 und 137 hat es nicht gescheut, die körperliche Integrität einmal als unbedingtes und dann auch als bedingtes Rechtsgut hinzustellen.

Körperverletzungen aus der Einwilligung des Verletzten das Nichtvorhandensein strafbarer Körperverletzung begründen" — mithin die Wiederholung eines der in der ersten grundlegenden Entscheidung enthaltenen Argumente. Der hier abgeurteilte Tatbestand wird gebildet von den anläßlich einer studentischen Schlägermensur zugefügten Körperverletzungen. Eingangs enthält das Urteil — die übrigens richtige — Feststellung, daß der Schläger nicht zu den tödlichen Waffen im Sinne der gesetzlichen Zweikampfvorschriften gehöre. Sie wurde kurz darnach — am 6. März 1883 — durch eine bedeutsame Plenarentscheidung [295]) umgestoßen, die den Schläger zur tödlichen Waffe erhob. Dieser Stellungswechsel zugunsten (man hat geradezu von einem Liebesdienst gesprochen [296])) der deutschen Studentenschaft hat dem höchsten Gerichte außerordentlich am moralischen Kredit geschadet [297]). Sie beweist andererseits zur Evidenz, daß dem Reichsgericht selbst vor den äußersten Konsequenzen der verneinenden Lehre bange wurde! Immerhin ist die in der letzterwähnten Entscheidung niedergelegte Auffassung von der Praxis bis auf den heutigen Tag respektiert und in einer vom I. Strafsenat des Reichsgerichtes angeregten Plen. Entsch. vom 15. Mai 1926 [298]) „mit überaus armseliger Begründung [299])" aufrecht erhalten worden. „Es ist außerordentlich zu bedauern," bemerkt dazu Nagler [300]), „daß das Reichsgericht die günstige Gelegenheit nicht benützt hat, zugleich mit der Preisgabe der Plen. Entsch. vom 6. März 1883 auch die längst fällige Korrektur seiner Einwilligungslehre vorzunehmen, denn diese ist praktisch und theoretisch längst überholt". Der I. Strafsenat hatte nämlich dem Plenum die Eventualfrage vorgelegt, „ob die gemäß den Kampfregeln eintretenden körperlichen Beschädigungen der Kämpfenden als Körperverletzungen zu bestrafen seien". Ihre Beantwortung erledigte sich damit, daß die Hauptfrage bejaht wurde. Man darf gespannt sein, ob das zukünftige deutsche Strafgesetz durch seine grundsätzliche Anerkennung der Wirksamkeit der Einwilligung bei der Körperverletzung [301]) hier eine Wandlung in der Richtung mit sich bringen wird, daß der Schläger seine fürchterlichen Eigenschaften im Interesse einer völligen Straflosigkeit der Mensur einbüßt [302]).

Das Urteil vom 25. Mai 1894 [303]) ließ nach einer längeren Atempause den Streit wieder aufleben. Es beschäftigt sich mit der Frage des ärztlichen Eingriffes und ist für unser Problem von

295) RG Bd. 8 S. 87 fg.

296) Vgl. Engelhard in JW. 1928 S. 2275 u. a.; dagegen Nagler Ger.S. Bd. 94 S. 80, der meint, das RG. stehe viel zu hoch, als daß es sich dabei von politischen Gründen hätte leiten lassen.

297) Vgl. Nagler Ger.S. Bd. 94 S. 75 und 78.

298) Bd. 60 S. 257 fg.

299) Nagler a. a. O. S. 73; das Bay. Ost LG hat in seiner Entscheidung vom 17. Febr. 1928 (JW. 1928 S.2275) den Standpunkt des RG unter Berufung auf die zit. Plen. Entsch. vertreten.

300) A. a. O. S. 80.

301) RtV § 264.

302) Vgl. Träger in Ger.S. Bd. 94 S. 119 N. 7.

303) RG Bd. 25 S. 375 fg.

hoher Bedeutung Es sind für die Rechtfertigung der ärztlichen Operation in der Theorie die verschiedensten Gründe genannt worden, so z. B. das Gewohnheitsrecht, Berufsrecht, staatlich anerkannter Zweck; endlich hat man sogar die Tatbestandsmäßigkeit des ärztlichen Eingriffes im Sinne der Körperverletzungsvorschriften und auch den Körperverletzungsdolus des Arztes geleugnet. Alle diese Gründe lehnt das Reichsgericht ab, wobei es von der richtigen Auffassung ausgeht, daß die Operation den Tatbestand der Körperverletzung erfüllt. Als Rechtfertigungsgrund anerkennt es einzig und allein die Einwilligung des Patienten; nicht etwa soll diese nur die Begrenzung der ärztlichen Handlungsbefugnis sein, nein, sie ist Grund und Begrenzung der Rechtmäßigkeit dieses Aktes zugleich. Mit Rücksicht auf die außerordentliche Bedeutung der Sentenz sei diese hier auszugsweise wiedergegeben:

„Es bedarf an dieser Stelle keiner Erörterung der Frage, inwieweit die Einwilligung des Verletzten als allgemeines Prinzip tauglich ist, ein Kriterium der Rechtmäßigkeit gewisser Handlungen abzugeben, ob insbesondere das Delikt der Körperverletzung schlechthin, bezw. der leichten oder einfachen Körperverletzung durch die Einwilligung des Verletzten aufgehoben wird, und welche Bedeutung in dieser Beziehung der bisherigen Rechtsprechung des Reichsgerichts beiwohnt (Vgl. Bd. 2 S. 442, Bd. 6 S. 61). Für das Verhältnis zwischen Arzt und Patient wird innerhalb der Sphäre des bürgerlichen wie des peinlichen Rechts an der zwischen beiden Personen bestehenden Willensübereinstimmung unter allen Umständen als dem leitenden und entscheidenden Gesichtspunkt festzuhalten sein . . . . . : in jedem Falle ist es der Wille des Kranken . . . . . ,welcher gerade diesen Arzt beruft, die Behandlung dieses Kranken zu übernehmen."

Man könnte nun daraus, wie Gerland[304]) es getan hat, den Schluß ziehen, daß das Reichsgericht geneigt zu sein scheine, der Einwilligung Rechtsbedeutung beizulegen. Doch gibt Gerland selbst zu, daß das Reichsgericht anscheinend daran festhalten wollte, der Einwilligung als allgemeinem Prinzip keine Rechtswirksamkeit zuzusprechen, „sodaß die Anerkennung in dem speziellen Fall der Operation namentlich in negativer Hinsicht mehr folgt aus dem Verhältnis, in welchem Arzt und Patient zivilrechtlich zu einander stehen". In diesem Satz wäre nur das Wort „zivilrechtlich" zu streichen, da das Reichsgericht selbst ausdrücklich das peinliche Recht mit einbezieht. „Für das Verhältnis zwischen Arzt und Patient", sagt das Reichsgericht, ohne die dringend notwendige nähere Erklärung zu bringen, warum dieses Verhältnis eine Sonderbehandlung verdient. Auch die Bezugnahme auf die beiden Urteile im 2. und 6. Bande ist so vorsichtig und phrasenhaft wiederum, daß man mit Gerland[305]) sagen kann, die Ausführungen des Reichsgerichts seien nicht sehr klar.

---

304) VD Allg. Teil Bd. 2 S. 499; ähnlich Kiel Goltd. Arch. Bd. 54 S. 359 fg.; Löffler VD Bes. Teil Bd. 5 S. 245 erblickt in diesen Ausführungen „einen vollen Widerspruch zu der bisherigen Praxis des RG".

305) VD Allg. Teil Bd. 2 S. 499.

Immerhin kann man aus diesem Urteil eine Aufrechterhaltung der früher niedergelegten negativen Auffassung herauslesen. Dieser Schluß wird unterstützt durch ein weiteres Erkenntnis, abgedruckt im 41. Bande der amtlichen Sammlung, wo ausgesprochen ist [306]), daß die Ehre ebensowohl wie das Leben und die körperliche Unversehrtheit zu den sog. Rechtsgütern gehört, die zwar Dritten gegenüber Rechtsschutz genießen, selbst aber nicht Gegenstand eines Rechtes ihres Trägers sind. Man sieht, die Lehre von der Unverzichtbarkeit des Rechtsguts der körperlichen Integrität wird hier aufrecht erhalten. Noch deutlicher spricht sich kurz vorher ein unveröffentlichtes Urteil des Reichsgerichts vom 16. April 1907 [307]) dahin aus, daß die Widerrechtlichkeit einer Körperverletzung nicht dadurch beseitigt werde, daß der Verletzte eingewilligt habe; denn die Gesundheit gehöre zu den Gütern, die wegen ihrer Eigenschaft als Gemeinschaftswerte dem Staate unbedingt erhalten werden müßten, weshalb der einzelne Träger nicht auf diese verzichten könne. Es findet sich dort weiterhin der bedeutsame Satz: „Namentlich hat das auf körperliche Eingriffe zu Heilzwecken bezügliche Urteil vom 31. Mai 1894 (RG. Bd. 25 S. 375) nicht den Grundsatz aufgestellt, daß der Tatbestand der Körperverletzung durch die Einwilligung des Verletzten aufgehoben werde. Die Eingriffe zu Heilzwecken und ähnliche Fälle unterliegen anderen Grundsätzen als die auf Erregung körperlichen Mißbehagens oder Schädigung der Gesundheit eines anderen abzielenden Handlungen." Damit erkennt das Reichgericht m. E. an, daß zur Einwilligung als ergänzende Bedingung der Rechtmäßigkeit noch der Heilzweck [308]) hinzutreten müsse, fernerhin, daß das Urteil im 25. Bande tatsächlich die nötige Klarheit vermissen läßt, endlich, daß wichtige Punkte jenes Urteils sich in Widerspruch zu den in Bd. 2 S. 442 fg. und Bd. 6 S. 61 fg. niedergelegten Grundsätzen befinden.

Ein weiteres Urteil vom 10. April 1905 [309]) beschäftigt sich erneut mit dem operativen Eingriff, ohne sachlich etwas anderes zu bringen. „Diese [310]) Körperverletzung entbehrte insoweit der objektiven Rechtswidrigkeit, als der gesetzliche Vertreter des Kindes seine Zustimmung zur Vornahme des operativen Eingriffs gegeben hatte (vgl. die vorangeführte Entscheidung [311])). Angeklagter war ein nicht wissenschaftlich gebildeter Heilkundiger.

---

306) S. 392 fg., insbes. S. 395, Urteil vom 3. Juli 1908.

307) Mitgeteilt von Maey S. 79, der das Urteil wie folgt zitiert: Akten des II. Strafsenats 1907, 2. Vierteljahr 1160/06.

308) Bühring glaubt, ohne von dieser Entsch. Kenntnis zu besitzen, S. 41 fg. nachgewiesen zu haben, daß bei dem Urteile im 25. Bd. das RG zu seiner Ansicht nur gekommen sein kann, wenn es den Zweck entscheiden läßt.

309) RG Bd. 38 S. 34 fg. (insbes. S. 35).

310) D. h. die im Heileingriff liegende.

311) Gemeint ist RG Bd. 25 S. 375 fg.

Ebenso wie dieses letztgenannte Erkenntnis stellt sich eine weitere Verlautbarung des Reichsgerichts in der Operationsfrage [312] auf den Boden der im 25. Bande enthaltenen grundlegenden Entscheidung und bietet ebenfalls keine neuen Gesichtspunkte. Hier war der Angeklagte ein Zahntechniker.

Große Beachtung in der Literatur fand ein Urteil des Oberlandesgerichts Celle vom 10. Juli 1913 [313]. Es wendet sich gegen die Urteilsgründe der Reichsgerichtsentscheidung im 2. Bande, wenn es ausführt: „Auch darf die Frage, ob die Einwilligung des Verletzten geeignet ist, die Rechtswidrigkeit einer Körperverletzung auszuschließen, nicht etwa schon deshalb verneint werden, weil die Einwilligung unter den Strafausschließungsgründen des 4. Abschnitts des allgemeinen Teils nicht aufgeführt ist." Es heißt dann weiter: „Jedoch läßt sich die Richtigkeit des Satzes „ „volenti non fit iniuria" ", dessen Geltung gerade bei Körperverletzungen in Wissenschaft und Rechtsprechung äußerst bestritten ist, für diese Delikte wenigstens im allgemeinen nicht anerkennen. . . . . Dieser Rechtsgrundsatz kann jedoch nicht unbedingte Geltung beanspruchen." Nach Ablehnung der von Frank vertretenen Auffassung, die Einwilligung sei wirksam bei leichten Körperverletzungen, entscheidet sich der Senat dahin, daß die fragliche Unterscheidung nicht nach bestimmten äußeren Merkmalen getroffen, sondern daß die Frage, ob eine mit Einwilligung des Verletzten begangene Körperverletzung rechtswidrig ist oder nicht nur von Fall zu Fall entschieden werden kann. „Dabei ist dann der einzelne Fall . . . . lediglich daraufhin zu prüfen, ob er von dem Grundsatze, daß die Einwilligung des Verletzten im allgemeinen als bedeutungslos angesehen werden muß, ausnahmsweise eine Abweichung deshalb gestattet, weil durch die betreffende Körperverletzung das öffentliche Interesse in keiner Weise berührt wird."

Ebensowenig wie die Entscheidung des Reichtsgerichts im 41. Bande und deren Vorgänger, läßt ein Urteil vom 20. Dezember 1920 [314] die Einwilligung in die Körperverletzung gelten; es zeigt aber am Horizont den Silberstreifen einer besseren Erkenntnis, indem es formuliert: „Die Einwilligung in die Körperverletzung beseitigt nicht schlechthin die Rechtswidrigkeit." Damit ist zum ersten Male ausgesprochen, daß das Reichsgericht Ausnahmen anerkennen will [315], ohne daß jedoch bereits ein Anhaltspunkt geliefert wird, nach welchem Maßstabe diese Ausnahmen bemessen werden sollen. Erst rund sieben Jahre später sollte die Entspannung der Atmosphäre eintreten! Dieses Urteil sowohl wie das im 2. Bande abgedruckte hat als Grundlage eine beim Versuch des Vergehens nach § 216 StGB. begangene Körperverletzung. Es ist hier nicht der Ort, auf die berechtigten Zweifel einzugehen, die

312) Urteil vom 15. Oktober 1906, mitgeteilt von Kiehl in Goltd. Arch. Bd. 54 S. 357.

313) Mitgeteilt in Goltd. Arch. Bd. 63 S. 142.

314) RG Bd. 55 S. 188.

315) Diesen Beschluß zieht auch der Strafsenat des Bay. Ost LG in seinem Urteil vom 4. Dez. 28 (JW. 1929 S. 1481).

von vielen Seiten gegenüber diesem Vorgehen des Reichsgerichts laut geworden sind [316]), einen straflosen Versuch auf Umwegen strafbar zu machen, aber es sei wenigstens auf die überraschenden Ausblicke hingewiesen, die uns hier die verneinende Lehre eröffnet: nämlich den Versuch eines Deliktes strenger zu bestrafen als seine Vollendung!

Wie schon eingangs bemerkt, pflegte das Reichsgericht einer Wiederaufrollung der Frage aus dem Wege zu gehen, indem es dazu in keiner der einschlägigen Entscheidungen „eine Veranlassung" sah. Diese liebgewordene Taktik behält es auch in einem Urteil vom 4. Mai 1921 [317]) bei. Uebrigens zeigt dieses Urteil besonders kraß, zu welchen Konsequenzen die verneinende Auffassung führen kann. Zunächst wird mit Recht ausgeführt, daß der Beischlaf mit einer noch unberührten Frau ein Eingriff in deren körperliche Unversehrtheit sei und daher an sich den äußeren Tatbestand der Körperverletzung nach § 223 StGB. erfüllen könne. Eine Einwilligung habe nicht vorgelegen, da der Beischlaf vom Täter erzwungen worden sei. Nun hat aber das Reichsgericht in ständiger Rechtsprechung die Auffassung vertreten, die Einwilligung habe bei der Körperverletzung keine rechtfertigende Kraft; ergo muß derjenige bestraft werden, der mit Zustimmung oder sogar auf ernstliches Verlangen eines jungfräulichen Mädchens mit ihm den Beischlaf vollzieht, sobald nur ordnungsgemäß Strafantrag gestellt ist — ein Ergebnis, das dem Satze von Treu und Glauben im Verkehr direkt zuwiderläuft und dazu geeignet ist, den Wert der Jungfräulichkeit bedeutend herabzudrücken, was sicher nicht im Sinne von Gesetz und Sitte liegt.

Damit ist die wenig ruhmreiche, dafür aber um so länger dauernde Periode der Herrschaft des verneinenden Prinzips in der Praxis abgeschlossen. Die neue Aera wird heraufgeführt von dem Urteil des I. Strafsenats vom 3. Januar 1928 [318]). Die der richterlichen Würdigung unterliegenden Verletzungen waren vom Angeklagten aus sadistischen Beweggründen den verletzten Mädchen zugefügt worden. Das Revisionsgericht unterstellt dabei, daß die Verletzten ihre Zustimmung zu den Mißhandlungen gegeben hatten. Wegen seiner Bedeutung für unsere Frage sei ein Abschnitt aus dem zit. Urteil im Wortlaut aufgeführt: „Die Revision meint, die Rechtswidrigkeit fehle hier infolge Einwilligung der betroffenen Mädchen. Dem kann nicht beigetreten werden. Die Rechtsprechung des Reichsgerichts hat bisher der Einwilligung auch eines Urteilsfähigen in eine Verletzung seiner körperlichen Unversehrtheit jedenfalls nicht schlecht-

316) v. Liszt S. 442 (§ 85 III) läßt die Bestrafungsmöglichkeit des Versuchs nach § 216 als vollendete Körperverletzung gelten, verlangt aber vernünftigerweise wenigstens den eventuellen Körperverletzungsvorsatz des Täters. Er weist S. 477 (§ 87 IV) darauf hin, daß im Tötungsvorsatz der Körperverletzungsvorsatz nicht „mit Notwendigkeit" enthalten sei, wie es das RG in seiner Plen.-Entsch. vom 18. Febr. 1896 (Bd. 28 S. 200 fg. insbesondere S. 212) angenommen hat.

317) JW. 1921 S. 840.

318) HRR 1928 Nr. 690 und JW. 1928 S. 2229 mit ausführlicher Besprechung von Bohne.

hin die Wirkung zugesprochen, daß sie die Rechtswidrigkeit aufhebt; vgl. vielmehr RG. 2, 442; 6, 61, 63; 55, 188, 189; auch RG. 41, 392, 395, 60, 34. Auf keinen Fall aber ist es rechtsirrig, wenn die Strafkammer unter den hier gegebenen tatsächlichen Verhältnissen zu der rechtlichen Folgerung kam, daß in keinem der sechs Fälle die Einwilligung die Rechtswidrigkeit der körperlichen Eingriffe aufgehoben hat. Die Strafkammer betont vielmehr durchaus richtig, daß hier die Körperverletzung nur zu Unzuchtszwecken erfolgten, etwaige Einwilligungen in sie deshalb gegen die guten Sitten verstießen und rechtlich wirkungslos seien. Denn eine Einwilligung kann strafrechtlich nur dann von Bedeutung sein, wenn sie einem auch vom Strafrecht anerkannten Willen entspringt. Ein Wille aber, dessen Betätigung gegen die guten Sitten verstößt, wird vom Rechte nicht anerkannt."

Wenn auch dieses Urteil noch keinen Fall entscheidet, in dem der Einwilligung eine positive strafbefreiende Wirkung zuerkannt wird, so darf man es doch aufatmend begrüßen, denn es ist wohl anzunehmen, daß sich das Reichsgericht damit endlich auf ein allgemeines Prinzip für die Entscheidung künftiger Fälle festgelegt hat [319]). Dieses Prinzip läuft auf eine bedingte Anerkennung der Einwilligung hinaus und zwar soll das Unterscheidungsmerkmal in der „Zurückführbarkeit der Einwilligung auf einen vom Strafrecht anerkannten Willen" [320]) bestehen. Es wird dem Willen eine strafrechtliche Wirkung versagt, „dessen Betätigung gegen die guten Sitten verstößt". Damit ist eine Abkehr von der verneinenden Lehre erfolgt und die Entscheidung im Sinne einer vermittelnden Ansicht gefallen. Jedoch ist damit nicht die Mittelmeinung in der Gestalt auf den Thron gehoben, in der sie gemeinhin auftritt (hie leichte (evtl. noch gefährliche) Körperverletzung — hie schwere; hie Antrags- — hie Offizialdelikt.) Die nunmehrige Regelung entspricht dem Rechtsgefühl weit eher als die bisher vertretenen vermittelnden Ansichten. Insoweit ist die durch dieses Urteil geschaffene Verbesserung zu begrüßen.

Eine andere Frage ist die, ob sich die getroffene Entscheidung vom Standpunkte des geltenden Rechtes hinreichend begründen läßt. Diese Seite des Problems hat der I. Strafsenat sichtlich vernachlässigt, denn wir vermissen einen exakten Nachweis aus dem geltenden Strafrecht. In der oben wiedergegebenen Begründung sind zivilrechtliche Ueberlegungen in nicht zu billigender Weise auf das Gebiet des Strafrechts hinübergeschmuggelt. Es ist einem jedem juristischen Neuling wohl bekannte Tatsache, daß zivilrechtlich ungültige Verträge nicht selten, ja sogar in der Mehrzahl der Fälle eine strafrechtliche Reaktion nicht auslösen. Ja eine unsittliche Einwilligung vermag sogar sonst vorliegende Deliktstatbestände auszuschließen [321]). Der Begriff der guten Sitten ist bekanntlich aus dem Privatrecht entnommen und

319) Vgl. Bohne in JW. 1928 S. 2230.

320) Bohne a. a. O.

321) Köhler in JW. 1929 S. 1481 nennt z. B. eine contra bonos mores erfolgende Einwilligung beim Zweikampf, ein unsittliches Verlangen nach Tötung, ein sittlich anstößiges Einverständnis mit einem unerlaubten Geschlechtsverkehr.

ist solange als Bestandteil des Strafrechts nicht anzusehen, als er darin nicht durch ausdrückliche Aufnahme zur Anerkennung gelangt ist. Außerdem hat sich das Reichsgericht selbst [322]) in nicht zu ferner Zeit mit Recht dahin ausgesprochen, daß die Vorschriften des Privatrechts über die Beurteilung von Willensvorgängen für die Entscheidung der strafrechtlichen Wirksamkeit keine Anwendung finden können, da die körperliche Integrität keinen Gegenstand eines Rechtes ihres Trägers bildet.

Doch sei dem wie ihm sei: die jetzige Stellungnahme ist mit dem geltenden Recht mindestens genau so gut oder so schlecht zu vereinbaren wie die früher vertretene negative Meinung; sie hat aber den unbestreitbaren Vorzug, das Rechtsgefühl nicht derartig zu beleidigen wie jene.

Bei der Findung des maßgebenden Kriteriums für die Trennung von relevanter und irrelevanter Einwilligung mag die Entwicklung der Gesetzgebung eine bedeutende Rolle gespielt haben, denn in den Entwürfen von 1925 und 1927 ist die Einwilligung bei der Körperverletzung als Rechtfertigungsgrund anerkannt, falls die Tat nicht trotzdem gegen die guten Sitten verstößt [323]). Das Reichsgericht hat also die Zeichen der Zeit zu deuten gewußt, jedoch hat es die auf das Delikt der Körperverletzung beschränkte Sonderbestimmung zum allgemeinen Prinzip für die Beurteilung der Relevanz der Einwilligung erhoben.

Sehen wir uns nach weiteren einschlägigen Verlautbarungen um, so finden wir ein weiteres Urteil des I. Strafsenats des Reichsgerichts vom 6. November 1928 [324]); die bezügliche Stelle lautet: „Das Reichsgericht hat bisher einer Einwilligung des Verletzten die rechtliche Bedeutung abgesprochen und dabei auch keinen Unterschied zwischen der einfachen Körperverletzung nach § 223 Abs. 1 StGB. und den schwereren Formen der Körperverletzung gemacht. Ob an dieser grundsätzlichen Ablehnung unter allen Umständen festzuhalten sei, braucht . . . . . hier nicht geprüft zu werden." Dieser Satz zeigt, daß der erkennende Senat nötigenfalls geneigt gewesen wäre, einen Mittelweg zwischen der positiven und negativen Auffassung einzuschlagen [325]). Die wiedergegebene Aeußerung ist etwas deutlicher als die im 25. Bande, weist aber sonst eine große Aehnlichkeit mit jener auf. Die angesichts der voraufgeführten Entscheidung desselben Senats etwas sonderbar anmutende Behauptung, das Reichsgericht habe bisher der Einwilligung des Verletzten die rechtliche Bedeutung abgesprochen, erklärt sich daraus, daß in jenem Erkenntnis wegen der Sittenwidrigkeit der vorgelegenen Zustimmung dieser jede Wirksamkeit abgesprochen wurde, ein positiv entschiedener Fall also nicht vorhanden war.

---

322) RG Bd. 41 S. 395 fg.

323) In der Literatur ist dieser Gedanke schon mehrfach vertreten worden. Vgl. die Nachweise bei Bohne JW. 1928 S. 2230 Sp. 2.

324) JW. 1929 S. 1006.

325) Vgl. die kurze Besprechung dieses Urteils durch E. Ebermayer in JW. 1929 S. 1006.

Zum Abschlusse wäre noch zu erwähnen, daß sich der Strafsenat des BayOst LG. in seinem Urteil vom 4. Dezember 1928 [326]) der vom Reichsgericht neuerdings vertretenen Mittelmeinung angeschlossen hat, wobei er ausdrücklich bemerkt, daß er keine Bedenken trage, ceteris paribus eine Einwilligung als Rechtfertigungsgrund einer Körperverletzung anzusehen, auch wenn sie zu schweren Folgen im Sinne des § 224 StGB. geführt habe.

Man kann diesem Urteil wohl beitreten, wenn es ausführt, daß eine Aenderung der früheren Praxis zur Vermeidung einer dem gesunden Empfinden und den Bedürfnissen des Lebens zuwiderlaufenden Rechtsprechung dringend geboten erschien.

III. Hauptteil.

Die Einwilligung in eine Körperverletzung nach den Entwürfen.

Vorbemerkung.

Die Entwürfe.

Während der langen Geltungszeit des auf dem preußischen StGB. aufgebauten RStGB. ist natürlich die Wissenschaft des Strafrechts nicht stehengeblieben; sie nahm im Gegenteil einen großartigen Aufschwung. Es ist daher nicht zu verwundern, wenn bereits bei Erlaß des Reichsgesetzes von 1871 und in der Folgezeit immer stärkere Reformwünsche laut wurden. Ihr Ergebnis war eine Reihe von Gesetzentwürfen, die teils amtlichen, teils halbamtlichen, teils privaten Charakter tragen. Es entstanden der Vorentwurf (VE.) von 1909 [327]) mit 2 Teilen Begründung, der Gegenentwurf (GE.) von 1911 mit Begründung, der Kommissionsentwurf (KE.), veröffentlicht im Jahre 1920 [328]), der Entwurf von 1919 (E 19) und endlich der Amtliche Entwurf (AE.) von 1925 mit Begründung, der im April 1927 dem Reichstag vorgelegt wurde (RtV.) und sich zurzeit im Stadium der Ausschußberatung befindet [329]).

Es ist nun unsere Aufgabe zu untersuchen, wie sich die einzelnen Entwürfe zum Problem der Einwilligung in die Körperverletzung verhalten haben. Wir werden dabei die historische Reihenfolge ihres Erscheinens zugrunde legen. — Nahe verwandte Probleme, wie das der ärztlichen Operation und der Schlägermensur sollen dabei jeweils kurz gestreift werden.

---

326) JW. 1929 S. 1481 mit kurzer Besprechung von Köhler.

327) Vgl. „Die Reform des RStGB" (kritische Besprechung des VE zu einem deutschen StGB, herausgegeben von Aschrott und v. Liszt 1910); „Zusammenstellung der gutachtlichen Aeußerungen über den VE", gefertigt im Reichsjustizamt 1911.

328) Schon Anfang 1914 hatte Ebermayer den wesentlichen Inhalt des KE in systematischer Bearbeitung der Oeffentlichkeit zugänglich gemacht.

329) Nähere Einzelheiten über den Werdegang des Reformwerks finden sich in den neueren Lehrbüchern z. B. v. Hippel S. 358 fg.; vgl. auch Denkschrift zu E. 19 S. 5 fg.

I. Abschnitt.

Der Vorentwurf von 1909.

An positiven Bestimmungen über die Wirkung der Einwilligung finden wir nichts im Texte des VE. Sehen wir uns nun nach Vorschriften um, die zu unserem Problem in Beziehung stehen können, so stoßen wir auf § 215, wo die Tötung auf „dringendes" Verlangen unter Strafe gestellt ist; ferner ist in § 151 das Delikt gegen die Wehrmacht des Staates, bestehend in der Verstümmelung eines Einwilligenden, beibehalten. Es zeigt sich also, daß sich an Hand des VE. genau dieselben Argumente für Strafbarkeit bezw. Straflosigkeit der mit Zustimmung des Verletzten begangenen Körperverletzung wiederholen lassen, wie wir sie bei der Untersuchung des geltenden Rechts kennen lernten. Die Wagschale neigt sich dabei noch entschiedener auf die Seite der positiven Richtung, denn das Wort „Verlangen" in § 142 RStGB. ist durch den beweiskräftigeren Ausdruck „Zustimmung" ersetzt worden. Viel ist damit allerdings nicht gewonnen, denn wir stellten uns ja schon oben mit der herrschenden Meinung unbedenklich auf den Standpunkt, daß Verlangen in § 142 RStGB. identisch mit Einwilligung sei. Die Begründung [330]) bemerkt dazu: „Die Ersetzung des Wortes „„Verlangen"" durch „„Zustimmung"" bedeutet keine sachliche Aenderung, da schon jetzt nach der herrschenden Ansicht Verlangen auch als stillschweigendes Verlangen, d. h. als Einwilligung, Zustimmung aufgefaßt worden ist". Auch die Vorschrift über die Tötung auf Verlangen, deren exakte Beweiskraft allerdings weniger bedeutend ist gegenüber dem, was der Vergleich ihres Strafmaßes mit dem der beabsichtigten schweren Körperverletzung besagt, tendiert nach der positiven Seite, denn die Mindeststrafe ist von 3 Jahren auf 6 Monate herabgesetzt worden. Erwähnenswert ist, daß der Versuch der Tötung auf Verlangen durch den VE. unter Strafe gestellt worden ist. Die Begründung zu § 215 VE. [331]) rückt ausdrücklich von der Ansicht des Reichsgerichts [332]) ab, wonach die in Ausführung des Versuchs dieser Tat verübte Körperverletzung nach Maßgabe der Vorschriften über Körperverletzungen bestraft werden kann.

Nach alledem könnte man annehmen, der VE. stehe der Einwilligung nicht feindlich gegenüber. Dem ist aber nicht so, denn die Begründung [333]) bedeutet uns, daß nach dem Entwurf die Rechtswidrigkeit einer körperverletzenden Handlung durch die Einwilligung des Verletzten nicht beseitigt wird. Die Begründung lehnt es weiter ab, etwa bei körperlichen Beeinträchtigungen geringerer Art der Einwilligung Bedeutung beizumessen, und damit den Tatbestand der Körperverletzung in zwei Gruppen zu zerlegen, die dann auch bezüglich des Strafmaßes, der Strafbarkeit des Versuchs und der Notwendigkeit des Strafantrags verschieden be-

330) Bes. Teil S. 507.
331) Bes. Teil S. 643.
332) RG Bd. 28 S. 200 fg. (Plen. Entsch.).
333) Bes. Teil S. 659.

handelt werden könnten. Es wird das Bedürfnis nach der Berücksichtigung der Einwilligung mit der fadenscheinigen Begründung geleugnet, daß der Einwilligung des Verletzten gerade bei der Körperverletzung eine geringe praktische Bedeutung zukomme. Wir haben eingangs dieser Arbeit bereits zur Genüge gezeigt, daß gerade das Gegenteil der Fall ist; dies geht auch aus der völlig anders gearteten Behandlung unseres Problems in KE., AE. und RtV. hervor.

Trotz der ablehnenden Haltung der Begründung zum VE. können wir aus einer Bestimmung des Entwurfs wenigstens einen Teilsieg der vermittelnden Ansicht herauslesen, nämlich aus dem letzten Satz des § 227 VE.: „In besonders leichten Fällen (der Körperverletzung) kann von Strafe abgesehen werden". § 83 Abs. 2 VE. erklärt, daß ein besonders leichter Fall dann vorliege, „wenn .... der verbrecherische Wille des Täters nur gering und nach den Umständen entschuldbar erscheint, sodaß die Anwendung der ordentlichen Strafe des Gesetzes eine unbillige Härte enthalten würde." Man kann ruhig sagen, daß diese Vorschrift nirgends so gut passen dürfte, als bei der Mehrzahl der mit Einwilligung begangenen Körperverletzungen. Denn tatsächlich ist dort meist der verbrecherische Wille, der Wille sich rechtswidrig zu betätigen, nicht vorhanden und nicht selten wird die Tat nach den Umständen entschuldbar sein, denn dem natürlichen Gefühl hat der lapidare Satz: „volenti non fit iniuria" von jeher entsprochen. Es bedarf keines Wortes, daß die Begründung eines Gesetzes dessen klaren Wortlaut nicht wegargumentieren kann und daher insoweit unberücksichtigt bleiben muß.

Eines ist jedoch dabei zu beachten: Wenn hier im Einzelfalle das Vorliegen einer Einwilligung zur Straflosigkeit des Täters führen sollte, so geschieht dies nicht in Anerkennung einer rechtfertigenden Wirkung der Einwilligung, sondern die Straflosigkeit leitet sich aus der Bagatellmäßigkeit der Handlung her, sie entspringt gewissermaßen einem Gnadenakte. Dieses Ergebnis ist vom wissenschaftlichen Standpunkte aus unbefriedigend, denn die Einwilligung hat es nicht nötig, sich durch ein Hintertürchen einzuschleichen. Es macht sich hier ein Mangel des Entstehungsvorganges beim VE. geltend, nämlich das Fehlen von Theoretikern in der Kommission, das zu einer Vernachlässigung der allgemeinen Lehren vom Verbrechen führte [334]).

In der „Vergleichenden Darstellung", die dem VE. den Weg bereitet hatte, hat Löffler das Delikt der Körperverletzung umfassend bearbeitet [335]). Am Schlusse bringt er Vorschläge für die künftige Gesetzgebung, wobei er die Wirkung der Einwilligung bei der Körperverletzung ausdrücklich gesetzlich geregelt sehen möchte. Naturgemäß wünscht er nur eine beschränkte Geltung der Einwilligung; sie soll nur bei Tätlichkeiten und tätlicher Beleidigung wirksam sein, nicht aber bei „echter Körper-

---

334) Vgl. v. Hippel S. 361 und Z. St. W. Bd. 30 S. 918.
335) VD Bes. Teil Bd. 5 S. 205 fg.

verletzung", denn eine Disposition, durch die sich der einzelne einen erheblichen Schaden an Körper und Gesundheit zuziehe, dürfe die Rechtsordnung nicht als gültig ansehen.

Ebensowenig steht Gerland, wie jener ein Mitarbeiter dieses großen Werkes[336]), auf dem verneinenden Standpunkt. In seinen „Bemerkungen de lege ferenda" spricht er sich für eine erschöpfende Regelung der Einwilligungsfrage jeweils beim Einzeldelikt aus[337]), jedoch mit der Einschränkung, daß in den allgemeinen Teil eine Vorschrift des Inhalts aufzunehmen sei, daß die erteilte Zustimmung die Entstehung des Antragsrechtes verhindere. De lege lata lehnt er diese Beziehung mit Recht ab. — Im allgemeinen Teil wünscht Gerland eine Legaldefinition der Einwilligung nebst einer gesetzlichen Festlegung der Altersgrenze zu finden. Damit würden viele bisherige Streitfragen abgetötet werden[338]). Frank bedauert, daß dieser Anregung Gerlands nicht stattgegeben wurde[339]).

Im Gegensatz zu Gerland hätte v. Lilienthal[340]) eine Regelung im allgemeinen Teil gewünscht, wenn man sie überhaupt hätte regeln wollen. Den Vorzug verdient wohl die Ansicht Gerlands, denn ein allgemeiner Rechtssatz wird aus gesetzestechnischen Gründen schier unlösbare Schwierigkeiten mit sich bringen. Dieses allgemeine Prinzip müßte nämlich im besonderen Teil doch wieder erhebliche Einschränkungen erleiden, sodaß es sich von vornherein empfiehlt, die Einwilligungsfrage im Zusammenhang mit dem einzelnen Delikt eindeutig zu lösen. Das hat auch Honig[341]) eingesehen, der zunächst eine Bestimmung für den allgemeinen Teil formuliert, ihr dann aber den einschränkenden Satz anhängen muß: „. . . . sofern sich nicht aus dem besonderen Teil des Gesetzes ein anderes ergibt." Was damit gewonnen sein soll, ist nicht recht einzusehen. Denn bezüglich anderer Delikte als gerade der Körperverletzung, z. B. Diebstahl, Beleidigung, Freiheitsberaubung bedarf die Wirksamkeit der Einwilligung keiner gesetzlichen Regelung, da sie dort fast allseitig anerkannt ist.

Trotz der entgegenstehenden Meinung Gerlands[342]) wird die Frage nach dem Alterserfordernis, der Vertretungsmöglichkeit, der Erklärungsform und dergl. weiterhin der Wissenschaft überlassen bleiben können.

---

336) VD Allg. Teil Bd. 2 S. 487 fg.

337) A. a. O. S. 521 fg.

338) Weitere Autoren, die eine gesetzliche Regelung des Problems wünschten, finden sich bei Gerland a. a. O. S. 522 N. 3 und Sauer S. 333 N. 3 und 334; vgl. auch Kohler in Goltd. Arch. Bd. 56 S. 310, der auf das Vorbild des § 302 OestVE zur Nachahmung hinweist, wonach die Einwilligung bei der leichten Körperverletzung als Rechtfertigungsgrund, bei der schweren als Strafmilderungsgrund in die Erscheinung tritt.

339) In der „Reform des RStGB" Bd. 1 S. 268.

340) A. a. O. Bd. 2 S. 292.

341) S. 128 fg., insbes. S. 131.

342) VD Allg. Teil Bd. 2 S. 527.

Es sei endlich kurz darauf hingewiesen, daß der VE. keine Bestimmung über den ärztlichen Eingriff enthält. Die Begründung [343]) hält eine solche für unnötig. Der infolge des ihm gewordenen Heilauftrages kunstgerecht vorgehende Arzt handle schon objektiv betrachtet nicht rechtswidrig, jedenfalls aber subjektiv ohne den Vorsatz der Körperverletzung.

Die ablehnende Haltung des VE. gegenüber der Einwilligung in die Körperverletzung verliert einen Teil ihrer Härten dadurch, daß nach § 224 der Zweikampf unter Vorkehrungen, die gegen Lebensgefahr zu schützen geeignet und bestimmt waren, mit Haft von einem Tag bis zu einem Jahr bestraft wird. Die Begründung [344]) hiezu läßt erkennen, daß diese Sonderbehandlung der studentischen Mensur gilt. Der Schläger wird dabei auch weiterhin als tödliche Waffe betrachtet. Es wird jedoch anerkannt, daß die Strafwürdigkeit dieser Art von Zweikampf derjenigen des eigentlichen Duells, unter dessen Strafdrohungen sie bisher fiel, bei weitem nachsteht.

II. Abschnitt.

Der Gegenentwurf von 1911 und der Kommissionsentwurf von 1913.

§ 1. Der Gegenentwurf als Vorarbeit.

Mit dem GE. wollten seine Verfasser nicht zum VE. in erklärten Gegensatz treten; es sollten vielmehr der künftigen Gesetzgebung nur die Wege bereitet werden, wobei wesentliche Teile des Vorentwurfs unverändert beibehalten wurden. Einzelne Lücken des VE. sollten ausgefüllt, sowie verschiedene Fehler und Schwächen jenes Gesetzbuchs ausgemerzt werden [345]).

Sehen wir den GE. nach Bestimmungen durch, die mit dem Gegenstand unserer Untersuchung in Zusammenhang stehen, so finden wir im 18. Abschnitt über die Körperverletzung den § 271, der analog § 232 RStGB. und § 233 VE. die Verfolgung leichter vorsätzlicher sowie fahrlässiger Körperverletzungen vom Strafantrag des Verletzten abhängig macht. Satz 2 dieser Vorschrift besagt: „Das Antragsrecht ist ausgeschlossen, wenn der Verletzte in die Verletzung eingewilligt hat." Die Begründung bemerkt hiezu [346]), daß damit die bekannte Streitfrage über den Einfluß der Einwilligung des Verletzten auf die Strafbarkeit der Körperverletzung in einem Sinne entschieden wurde, der den Bedürfnissen des Rechtslebens am besten gerecht werden dürfte. „Mildere Bestrafung in den schwereren Fällen der Körperverletzung eines Einwilligenden, wo die Verfolgung von Amts wegen eintritt (GE. §§ 266—269), wie sie der österreichische VE. in § 301 vorsieht, brauchte im Hinblick auf § 87 nicht besonders angeordnet zu wer-

343) Allg. Teil S. 253.
344) Bes. Teil S. 654 fg.
345) Vgl. Vorwort zum GE S. III.
346) S. 258 fg.

den." Die letztgenannte Vorschrift läßt bei allen Delikten mildernde Umstände zu und setzt die Strafrahmen entsprechend herab. Die zitierte Stelle aus der Begründung läßt erkennen, daß die Regelung des österreichischen VE. gutgeheißen wird. Es liegt darin keine Härte, nachdem der Tatbestand der gefährlichen Körperverletzung gegenüber der bisherigen Fassung (§ 223a RStGB.) dahingehend verbessert worden ist, daß die Tat in einer Weise begangen sein muß, die den Tod oder eine schwere Körperverletzung des Verletzten zu verursachen geeignet war. Leichte Hautwunden, mit einem Messer beigebracht, fallen demnach nicht mehr unter die erschwerten Begehungsarten.

Die im GE. getroffene Regelung des Problems ist durchaus annehmbar und dem natürlichen Rechtsgefühl entsprechend. Auch Honig[347]) fordert in sehr klaren Ausführungen, daß nach erteilter Einwilligung das Antragsrecht nicht zur Entstehung kommen dürfe und zwar aus rechtspolitischen Gründen, nicht etwa aus dem Begriffsinhalt der Einwilligung einerseits und des Antragsrechtes andererseits heraus.

Als besonderes Verdienst der Verfasser des GE. ist hervorzuheben, daß sie die Möglichkeit einer Einwilligung in fahrlässige Handlungen richtig erkannt und dies auch durch die Stellung des § 271 hinter die Norm betreffend fahrlässige Körperverletzungen zum Ausdruck gebracht haben[348]).

Erwähnenswert, wenn auch nicht von unmittelbarer Bedeutung für unser Problem ist noch, daß im § 155 GE. (§ 151 VE.; § 142 RStGB.) das Wort „Einwilligung" an die Stelle der korrespondierenden Ausdrücke „Zustimmung" bezw. „Verlangen" getreten ist. Die Begründung[349]) bemerkt hiezu, das sei geschehen, um nicht ohne Not vom Sprachgebrauch der §§ 182 fg. BGB. abzuweichen. Die Strafe ist bedeutend herabgesetzt: 1 Woche bis 2 Jahre Gefängnis (§ 42 GE.). Die Tötung des Verlangenden, normiert in § 255, tritt in der gleichen Fassung wie § 215 VE. auf. Der Versuch ist auch hier unter Strafe gestellt. Doch ist die Mindeststrafe auf Gefängnis von nur 1 Woche herabgesetzt. Dies liegt in der im allgemeinen einwilligungsfreundlichen Linie dieses Gesetzesvorschlages.

Von der Erwägung ausgehend, daß die studentische Schlägermensur lediglich eine Art Sport sei, läßt sie der GE. in § 262 vernünftigerweise völlig straffrei. „Gegenüber der Rechtsprechung des Reichsgerichts erschien eine ausdrückliche Erklärung des Gesetzgebers als unerläßlich[350])."

Im 19. Abschnitt ist unter § 279 als „Freiheitsberaubung" die eigenmächtige ärztliche Behandlung unter Strafe gestellt. Diese Bestimmung ist dem VE. gegenüber neu. Damit glauben die Verfasser des GE. die vielumstrittene Frage nach der strafrechtlichen Bedeutung des ärztlichen Eingriffes gesetzlich geregelt zu ha-

---

347) S. 126 fg.
348) Vgl. Träger in Ger.S. Bd. 94 S. 124 N. 2.
349) S. 187.
350) Begründung S. 254.

ben [351]). „Der GE. will damit gleich zum Ausdruck bringen, daß ein ärztlicher Eingriff, der zu Zwecken der Heilbehandlung oder zu anderen gleichwertigen Zwecken unter Beachtung der Regeln der ärztlichen Kunst und Wissenschaft gemacht wird, auch bei fehlender Zustimmung des Behandelten niemals als Körperverletzung bestraft werden kann [352])." Diese nicht sehr klare Begründung scheint die Tatbestandsmäßigkeit der Operation im Sinne der Körperverletzungsvorschriften anerkennen, jedoch den Rechtfertigungsgrund im Heilzweck suchen zu wollen.

§ 2. Der Kommissionsentwurf.

Wie wir nun gesehen haben, erwähnen weder der VE., noch der GE. die Einwilligung als Grund ausgeschlossener Rechtswidrigkeit. Dem KE. blieb es vorbehalten, hier einen Wandel eintreten zu lassen durch die Bestimmung des § 293: „Nicht rechtswidrig handelt, wer eine Körperverletzung mit Einwilligung des Verletzten vornimmt. Dies gilt nicht, wenn die Tat trotz der Einwilligung gegen die guten Sitten verstößt." Diese Vorschrift ist erst in 2. Lesung aufgenommen worden [353]) und führte dazu, daß der in 1. Lesung gemäß der Anregung des GE. § 271 in den § 233 eingeschobene Satz über den Untergang des Strafantragsrechts infolge der Einwilligung des Verletzten als überflüssig wieder herausgenommen werden konnte. Man hielt es also für selbstverständlich, daß dann auch das Antragsrecht nicht mehr zur Entstehung komme.

Mit der Norm des § 293 wäre das Problem durch einen positivrechtlichen Satz gelöst, wenn dieser Entwurf Gesetzeskraft erlangt hätte. Der Einwilligung ist die typische Wirkung bei der Körperverletzung zugesprochen, sie ist als Rechtfertigungsgrund anerkannt. Von der richtigen Erwägung ausgehend, daß eine schrankenlose Anerkennung der Einwilligung zu Unbilligkeiten führen könnte, hat der KE. nach einem Beschränkungsprinzip gesucht und in der Nutzbarmachung des im Rechte bestens eingeführten und bewährten Begriffes der „guten Sitten" eine glückliche Hand gezeigt [354]). Honig [355]) hat diese Vorschrift ausdrücklich gutgeheißen und wünscht ihren Geltungsbereich auch auf andere Delikte auszudehnen, z. B. auf die Freiheitsberaubung. Wie wir bei der Darstellung der Rechtsprechung auf unserem Gebiete gezeigt haben, hat sich das Reichsgericht ebenfalls das Merkmal der „guten Sitten" als Begrenzungsprinzip zu eigen gemacht, jedoch die Sonderbestimmungen zum allgemeinen Grundsatz bei der Beurteilung der Relevanz der Einwilligung erweitert [356]).

Ebenso wie der GE. läßt der KE. in seinem § 300 die Schlägermensur straflos. Dieser Entwurf gebraucht die Wendung

351) Begründung S. 264.
352) A. a. O.
353) Ebermayer S. 65.
354) Vgl. auch die Erörterung im IV. Abschn. dieses Hauptteils.
355) S. 136.
356) JW. 1928 S. 2229.

„Zweikampf mit Schlägern". An sich wäre die Vorschrift angesichts der prinzipiellen Straflosigkeit einer mit Einwilligung begangenen Körperverletzung unnötig. Es empfahl sich jedoch, trotzdem eine gesonderte Norm aufzustellen, da das Reichsgericht gegenwartig die Schlägermensur noch als Zweikampf mit tödlichen Waffen [357]) behandelt.

Ueber den ärztlichen Eingriff enthält der KE. keine besonderen Vorschriften. Er geht offenbar von dem Gesichtspunkt aus, daß auch die ordnungsmäßige Operation eine Körperverletzung darstellt [358]). Eine ordnungsgemäße Heilbehandlung verstößt aber naturgemäß niemals gegen die guten Sitten, sodaß sie bei vorliegender Einwilligung ohne weiteres als rechtmäßig anzusehen ist. Der KE. beseitigt damit einen im heutigen Recht sehr fuhlbaren Mangel [359]), unterläßt es jedoch, eine allgemeine oder besondere Vorschrift darüber zu geben, daß eine im Interesse des Kranken eingeleitete Heilbehandlung nicht rechtswidrig ist, falls dessen Zustimmung infolge besonderer Umstände vorher nicht eingeholt werden konnte.

III. Abschnitt.

Der Entwurf von 1919.

Im E. 19 findet sich keine Bestimmung über die Einwilligung in eine Körperverletzung. Die Denkschrift [360]) begründet das Fehlen einer solchen Vorschrift damit, daß angesichts der veränderten Auffassung des E. 19 über das Verhältnis der ärztlichen Tätigkeit zur Körperverletzung die von der Strafrechtskommission aufgenommene Bestimmung über die Einwilligung des Verletzten den wesentlichsten Teil ihrer Bedeutung verloren habe. Auch empfehle es sich nicht, für eine einzelne Gruppe strafbarer Handlungen eine Frage zu regeln, die auch bei anderen Tatbeständen eine Rolle spiele. Der Entwurf hat also die Frage, inwieweit die Einwilligung des Verletzten geeignet ist, die Rechtswidrigkeit und damit die Strafbarkeit der Körperverletzung auszuschließen, nach dem Vorgehen des RStGB. der Wissenschaft und Rechtsprechung weiterhin überlassen.

Der Rechtfertigungsversuch der Denkschrift zu E. 19 [361]), die Strafrechtskommision und der VE. (Begr. S. 660) habe für andere Fragen der Lehre von der Rechtswidrigkeit, z. B. das Züchtigungsrecht, den gleichen Weg eingeschlagen, vermag nicht zu überzeugen. Denn die Wissenschaft hat es auf dem Gebiete der Einwilligung im Gegensatz zu den anderen einschlägigen Fragen, nicht vermocht, eine überwiegende Meinung herauszubilden. Und die

357) RG Bd. 8 S. 87 fg.; Bd. 60 S. 257 fg.; Träger Ger.S. Bd. 54 S. 119 N. 7 hofft, daß diese Ansicht mit der neuen Gesetzgebung verlassen wird.

358) Vgl. Träger in Ger.S. Bd. 94 S. 173.

359) Vgl. Träger a. a. O.

360) S. 239.

361) S. 239.

Rechtsprechung hat sich nur unter dem Drucke der von ihr abweichenden Entwicklung der Gesetzgebung dazu bereit gefunden, ihre verderbliche Haltung zu revidieren. Die Behauptung der Denkschrift, das Einwilligungsproblem habe mit der neuartigen Einstellung zum ärztlichen Eingriff den wesentlichsten Teil ihrer Bedeutung verloren, geht entschieden zu weit; es hat nur einen wesentlichen Teil verloren, aber nicht den wesentlichsten Teil. So weist Gerland[362]) mit Recht darauf hin, daß die Frage der Einwilligung bei Körperverletzungen im Hinblick auf den ärztlichen Eingriff besonders brennend geworden sei, sich aber keineswegs darin erschöpfe. Es sei hier nur auf Verletzungen bei Sportspielen, auf Hauttransplantation und Bluttransfusion zu Heilzwecken hingewiesen. Ferner auf die Schlägermensur, die im E. 19 besonders unbefriedigend, d. h. gar nicht behandelt wurde. Die Denkschrift[363]) erklärt dazu kurz und bündig, sie halte es nicht für angebracht, der studentischen Schlägermensur, soweit sie Zweikampf mit tödlichen Waffen sei (soll wohl heißen: stets[364]), eine Sonderstellung einzuräumen.

Die neuartige Regelung des ärztlichen Eingriffs, auf die sich die Denkschrift bei der Erörterung der Einwilligungsfrage bezieht, besteht in folgendem. Im 21. Abschnitt („Verletzung der persönlichen Freiheit oder Sicherheit") bestimmt der § 313: „Wer einen andern gegen seinen Willen zu Heilzwecken behandelt, wird . . . . . bestraft. Die Strafe tritt auch dann ein, wenn der Täter fahrlässig angenommen hat, daß der andere mit der Behandlung einverstanden war. (Abs. 2:) Die Tat wird nur auf Antrag verfolgt. Der Antrag kann zurückgenommen werden. (Abs. 3:) In besonders leichten Fällen kann von Strafe abgesehen werden." Durch diese Vorschrift in Verbindung mit dem Schweigen über den ärztlichen Eingriff im Abschnitt über die Körperverletzung bringt der Entwurf implicite zum Ausdruck, daß er die Operation nicht als Körperverletzung betrachte. Dies ist auch in den einleitenden Worten der Denkschrift zum 19. Abschnitt[365]) ausgesprochen.

Der E. 19 hat also versucht, die Frage nach der Rechtswirksamkeit der Einwilligung bei Körperverletzungen einerseits durch Schweigen, andererseits durch Aufstellen von Strafbestimmungen über den eigenmächtigen Heileingriff zu lösen. Dieser Versuch ist von Gerland[366]) mit Recht als mißlungen bezeichnet worden. Der Streit um die Einwilligung des Verletzten ist im E. 19 also keineswegs erledigt, ja nicht einmal wesentlich zurückgedämmt worden.

---

362) Krit. Bem. zum E 19 S. 21 fg.
363) S. 248.
364) Vgl. Denkschrift S. 247 .
365) S. 238: „Die Einwilligung des Betroffenen ist nicht notwendig, um die Strafbarkeit wegen Körperverletzung auszuschließen, sondern es bedarf ihrer nur deshalb, weil eine Heilbehandlung gegen den Willen des Betroffenen einen Eingriff in seine Willensfreiheit enthält, den der Gesetzgeber nicht ungestraft geschehen lassen kann."
366) Krit. Bem. zum E 19 S. 24.

IV. Abschnitt.

Der amtliche Entwurf von 1925.

Während die bisher besprochenen Entwürfe nur geschichtliches Interesse beanspruchen können, verdienen der AE. und die nur in wenigen Punkten davon abweichende RtV. als die Grundlagen der künftigen Gesetzgebung eine erhöhte Beachtung.

Der allgemeinen Forderung nach einer positivrechtlichen Regelung der Einwilligungsfrage bei der Körperverletzung hat sich der AE. nicht verschlossen. Zwar wird sie nicht im allgemeinen Teil geregelt, sondern ebenso wie im KE. im Abschnitt über die Körperverletzung und zwar durch § 239: „Wer eine Körperverletzung mit Einwilligung des Verletzten vornimmt, wird nur bestraft, wenn die Tat trotz der Einwilligung gegen die guten Sitten verstößt." Soll damit nun die Rechtswidrigkeit oder nur die Strafbarkeit ausgeschlossen sein? Für die erste Alternative spricht einerseits, daß die Einwilligung systematisch nirgends so wenig hinpaßt, als unter die „Strafausschließungsgründe", die doch in der Regel eine Kapitulation der Strafmacht vor gewissen übermächtigen Umständen darstellen, die allein in der Person des Täters begründet sind; sie bilden nicht einen Begleitumstand, ein Akzidentale der Handlung, wie es die Einwilligung tut; Rechtswidrigkeit und Schuld bleiben bei den bloßen Strafausschließungsgründen bestehen. Andererseits geht dies aus der Begründung zum AE. hervor, wo es heißt[367]), daß es sich trotz der bereits erfolgten Regelung des ärztlichen Eingriffs empfehle, den Rechtfertigungsgrund im Gesetz besonders zu behandeln. Heimberger[368]) faßt ebenfalls die Einwilligung im § 239 AE. als Rechtfertigungsgrund auf.

Als einen Gesichtspunkt, der, vom ärztlichen Eingriff abgesehen, Anlaß gab zur gesetzlichen Regelung des Einwilligungsproblems an dieser Stelle, nennt die Begründung[369]) beispielsweise den Wunsch, Verletzungen bei Sportspielen in einer dem Rechtsempfinden entsprechenden Weise strafrechtlich zu behandeln.

Die Begründung[370]) liefert zu der Vorschrift des § 239 einige Auslegungsrichtlinien. Bei der Prüfung der Frage, ob die Einwilligung nicht gegen die guten Sitten verstoße, sei ausschlaggebend das Werturteil über die Tat, nicht das über die Einwilligung. Es seien Fälle denkbar, wo die Erteilung der Zustimmung sittlich achtenswert sei, während der Täter durch das Gebrauchmachen von eben dieser Einwilligung gegen die guten Sitten verstoße. Zum Begriff der guten Sitten bemerkt die Begründung, daß er dem bürgerlichen Rechte entnommen sei, wo er sich zur Abgrenzung des Erlaubten vom Unerlaubten bewährt habe. Ent-

---

367) S. 124.

368) Reform des Strafrechts S. 87; gl. Mg. Kohlrausch a. a. O. S. 20 und Radbruch a. a. O. S. 317 fg.

369) S. 122.

370) S. 124.

scheidend sei das Anstandsgefühl aller gerecht und billig Denkenden. Die Einwilligung müsse vor der Tat ausdrücklich oder concludenter erklärt sein. —

Die Kritik, die die vom AE. gewählte Lösung fand, war eine sehr lebhafte. Pro und contra halten sich dabei ungefähr die Wage, doch scheinen die zustimmenden Aeußerungen an Boden zu gewinnen. Man kann Heimberger[371]) wohl zustimmen, wenn er der textlichen Fassung des § 293 KE. den Vorzug gibt, denn es besteht doch kein vernünftiger Grund, zu verheimlichen, daß die Einwilligung bei der Körperverletzung rechtfertigende Wirkung hat. Sachlich sind gegen den Plan, die Wirksamkeit der Einwilligung von ihrem Einklang mit den guten Sitten abhängig zu machen, von verschiedenen Seiten lebhafte Bedenken geäußert worden.

Aufs entschiedenste hat sich Mezger[372]) gegen jede Bezugnahme der Einwilligung auf die guten Sitten ausgesprochen. Nach seiner Meinung muß die Grenze der rechtswirksamen Einwilligung „nach objektiven, subjektiven Schwankungen entzogenen Gesichtspunkten" festgestellt werden. Statt des Kriteriums der guten Sitten hält er dem „Prinzip des mangelnden Interesses" den Bügel. Die Nutzanwendung dieser These auf die Körperverletzung besteht nach Mezger darin, daß die Einwilligung unwirksam ist, wenn der Verletzte in erheblicher Weise durch die Tat an der Erfüllung seiner sozialen Aufgaben behindert werde, weil dann Interessen der Allgemeinheit auf dem Spiele ständen[373]). In ähnlicher Weise wie Mezger hält Gerland[374]) den § 239 für bedenklich, weil der Begriff der guten Sitten zu Zweifeln bei der Entscheidung der einzelnen Fälle Anlaß gebe und oft zu widerstreitenden Urteilen führen werde. Auch Bohne[375]) kann sich mit den guten Sitten nicht befreunden und heischt einen objektiven Maßstab. Er schließt sich dabei Mezger an. Allein die Unterscheidung darnach, ob nur die Interessen des Verletzten oder auch die anderer bzw. der Allgemeinheit beteiligt seien, entspreche der öffentlich-rechtlichen Natur des Strafrechts. Es sei daher nicht nur methodisch, sondern auch im Ergebnis verfehlt, jene spezifisch strafrechtliche Grenzziehung durch eine andere aus dem bürgerlich-rechtlichen Vertragsrecht entnommene ersetzen zu wollen. Er beruft sich dabei auch auf Sauer[376]), muß aber gleich zugeben, daß dieser die Bezugnahme auf die guten Sitten wie sie Honig propagiert, nur deshalb für überflüssig hält, weil sie lediglich ein Ausdruck des einheitlichen materiellen Rechtswidrigkeitsbegriffes sei.

Weit größer ist die Zahl derjenigen Schriftsteller, die sich mit dem Begrenzungsmerkmal der guten Sitten im Prinzip einverstanden erklären und nur bei Auslegungsfragen voneinander ab-

371) Reform S. 87.
372) Ger.S. Bd. 89 S. 872 fg. mit reicher Literatur.
373) Diese Ansicht ist von Träger treffend widerlegt; vgl. oben II. Hauptteil I. Abschnitt § 2.
374) Der Entwurf 1925 Allg. Teil S. 36.
375) JW. 1928 S. 2231.
376) S. 336 N. 3.

weichen. So hält Graf zu Dohna[377] unser Beschränkungsprinzip für tauglich, einem künftigen Gesetzgeber den Weg zu weisen. Das Problem bestehe dabei nicht darin, unter welchen Umständen die Verletzung eines Einwilligenden sittenwidrig sei, sondern die Angemessenheit der Verletzung des Einwilligenden stehe in Abhängigkeit von der Angemessenheit der Erteilung der Einwilligung. Die Einwilligung dürfe nicht selbst ein „unrichtiges Verhalten" darstellen. Diese Ansicht hat Dohna[378] neuerdings aufgegeben, indem er der Begründung zugibt, die erwähnte Parallele lasse sich nicht restlos durchführen und es sei richtiger, „auf die Rechtfertigung der Tat selbst abzuheben." Weniger ausgeprägt vertritt Radbruch[379] die frühere Meinung Dohnas. Ihm kommt es nach dem zugrunde liegenden Gedanken vom wegen Unsittlichkeit nichtigen Vertrag nicht auf die Sittenwidrigkeit der Tat, sondern nur auf die Sittenwidrigkeit der Einwilligung oder des Gebrauchmachens davon an. Er bringt eine dementsprechende Fassung des § 239 in Vorschlag.

Am wärmsten setzt sich Träger[380] für die im AE. getroffene Entscheidung der Streitfrage ein. Er erklärt die Bedenken Gerlands für unbegründet. Denn die Zweifel, die bei der Anwendung dieser Vorschrift auf den Einzelfall möglicherweise entständen, seien nicht größer als bei der Auslegung vieler anderer strafrechtlicher Begriffe. Zudem sei der Begriff der guten Sitten ein im Recht schon längst eingebürgerter und dem Richter vertrauter, den er fast täglich anzuwenden habe. Bei der Beantwortung der Frage nach der Sittenwidrigkeit einer konkreten Tat komme alles auf die Umstände des einzelnen Falles an: auf die Art der Verletzung, den verfolgten Zweck und darauf, ob der Zweck gerade diese Art der Verletzung rechtfertige. Durch einen allgemein gebilligten Zweck könne auch eine schwere Verletzung sittlich gerechtfertigt erscheinen, während andererseits eine leichtere Verletzung einen verwerflichen Charakter tragen könne und darum bestraft werden müsse. Durch diese Ausführungen hat Träger aufs klarste die Geschmeidigkeit und Eleganz der neuen Regelung ins Licht gerückt. Sie gestattet, den Zweck der Handlung weitgehend zu berücksichtigen, ein Umstand, der bisher in den Augen des Juristen ein gewisses Odium an sich trug. Es ist aber etwas ganz anderes, ob man dem hl. Crispinus an Hand der Diebstahlsnorm und auf Grund der fehlenden Zustimmung des Geschädigten die Rechtswidrigkeit seiner Handlung nachweist, oder ob es sich darum handelt, in einem Falle, wo angesichts der gegebenen Einwilligung eine Willensverneinung, ein „Verletzter" im juristischen Sinne nicht vorliegt, dem Täter durch Strafurteil vor Augen zu führen, daß sein Verhalten, daß seine Zwecke nicht dem Endzweck der Gesellschaft entsprachen, den man mit Stammler die „Idee des richtigen Rechts" nennen kann. Das Interesse der Allgemeinheit an der Bestrafung einer mit Zu-

377) Rechtswidrigkeit S. 146 fg., Recht u. Irrtum S. 15 fg.
378) In der Festgabe für Stammler S. 273.
379) Reform S. 318.
380) Ger.S. Bd. 94 S. 122 fg.

stimmung des Verletzten erfolgten Körperverletzung kommt eben dann in Wegfall, wenn diese den guten Sitten nicht widerspricht. Die „guten Sitten" bezeichnen ja nur die Normen, nach denen ein soziales Verhalten sich richten muß, wenn es der Idee des Rechtes entsprechen soll; sie sind nicht gut im Sinne moralischer Vollkommenheit [381]). Die Vorschrift des AE. über die Einwilligung bedeutet eine begrüßenswerte „Entformalisierung und Ethisierung [382])" des ihr zugrunde liegenden Tatbestands, eine engere Verbindung des Strafrechts mit dem Sittengesetz, die das Strafrecht auf eine höhere Stufe hebt [383]).

Als Ergebnis dieser Erörterung stellen wir mit Träger [384]) und Heimberger [385]) fest, daß die vom AE. getroffene Regelung in der Sache selbst durchaus zu billigen ist [386]). Dabei müssen wir jedoch gleich eine irrige Ansicht Trägers berichtigen. Er rügt nämlich, daß die Einwilligung bei der Mißhandlung (§ 237 AE.) nicht rechtfertigend wirke, da sie im § 239 nicht mitgenannt sei. Selbstverständlich umfaßt das Wort „Körperverletzung" in jener Vorschrift als Sammelbezeichnung auch die Mißhandlung [387]). Sollte letztere ausgeschlossen sein — was geradezu unsinnig wäre — so müßte § 239 vor § 237 gesetzt werden. Berechtigt ist der Wunsch Trägers, die Vorschrift über die Einwilligung hinter diejenige über die fahrlässige Körperverletzung zu stellen, um dadurch zum Ausdruck zu bringen, daß die Einwilligung auch bei der fahrlässigen Tat als Unrechtsausschließungsgrund wirkt.

Werfen wir noch einen kurzen Blick auf die Behandlung verwandter Fragen im AE., so vermissen wir eine Vorschrift über die studentische Schlägermensur. Die Begründung [388]) bemerkt dazu, daß der Entwurf in Uebereinstimmung mit dem E. 19 (zu vergleichen Denkschrift S. 248) davon absehe, zu dieser Streitfrage Stellung zu nehmen. Wir wissen, daß dort eine „Sonderbehandlung" der Mensur abgelehnt wurde, „soweit sie Zweikampf mit tödlichen Waffen ist". Die Begründung zum AE. führt weiter aus, es sei Sache der Gerichte, die letztere Frage im Einzelfalle zu entscheiden. Werde die Frage bejaht, so gewährten die allgemeinen Vorschriften über den Ersatz der Freiheitsstrafe durch Geldstrafe (§ 72 Abs. 2, § 75) genügenden Spielraum, um im Einzelfall unbillige Härten zu vermeiden. — Die Auffassung der Be-

381) Graf zu Dohna in Festg. f. Stammler. S. 274.

382) Vgl. Kohlrausch in Reform S. 7.

383) Schon 1885 hat Ullmann in Ger.S. Bd. 37 S. 531 mit Recht betont, daß die Frage nach der Bedeutung der Einwilligung in die Körperverletzung zu jenen Problemen gehört, „denen gegenüber die Beziehung des Rechts zu den übrigen ethischen Mächten des sozialen Lebens stark in den Vordergrund tritt. . . . . Daß sittliche Werturteile hier eine große Rolle spielen, zeigt die Geschichte der Lehre vom Selbstmord."

384) Ger.S. Bd. 94 S. 123.

385) Reform S. 87.

386) Dafür auch Honig S. 136, da er sich für die im wesentlichen gleiche Regelung des § 293 KE ausgesprochen hat.

387) So auch Radbruch in Reform S. 315.

388) S. 126.

gründung hat keinen für die Gerichte verbindlichen Charakter. Es ist daher zu hoffen, daß der bisherige Standpunkt des Reichsgerichts in dieser Frage recht bald verlassen und die Mensur mit Binden und Bandagen angesichts der Vorschrift des § 239 AE. straffrei gelassen wird [389]).

Mit dem ärztlichen Eingriff hat sich der AE. in seinem § 238 folgendermaßen auseinandergesetzt: „Eingriffe und Behandlungsweisen, die der Uebung eines gewissenhaften Arztes entsprechen, sind keine Körperverletzungen oder Mißhandlungen im Sinne dieses Gesetzes." Man könnte zunächst annehmen, es handle sich hier um einen gesetzgeberischen Machtspruch, um eine absichtliche Exemption des ärztlichen Eingriffes von den Körperverletzungsnormen. Die Begründung [390]) leugnet jedoch die Tatbestandsmäßigkeit aus innerster Ueberzeugung [391]) und setzt sich damit in Gegensatz zur höchstrichterlichen Rechtsprechung und überwiegenden Meinung der Wissenschaft. Interessant ist, daß sich auch sogenannte Kurpfuscher auf diese Vorschrift berufen können, falls ihre Behandlungsweise den dort gestellten Anforderungen genügt [392]). Wir können uns mit dieser Regelung schließlich abfinden, sie ist ja nicht schädlich und angesichts der Tatsache, daß gerade bei lebensrettenden Operationen die Zustimmung des Patienten wegen Bewußtlosigkeit und dergl. häufig nicht zu erlangen ist, somit die Einwilligung als Rechtfertigungsgrund entfällt, nicht einmal überflüssig. Zwar ließe die Notbestandsbestimmung (§ 22 AE.) hier Straffreiheit eintreten, jedoch bliebe die Tat immer noch rechtswidrig, was zumindest wegen der zivilrechtlichen Folgen bedenklich wäre [393]). Ein dem § 313 des E. 19 entsprechende Vorschritt fehlt im AE., taucht aber in der RtV. wieder auf.

---

389) Vgl. Träger Ger.S. Bd. 94 S. 119 N. 7.

390) S. 122.

391) Gl. Mg. Heimberger Reform S. 91. Nach dem Wortlaut des Gesetzes muß man mit Radbruch Reform S. 317 im § 238 einen „bloßen Unrechtsausschließungsgrund" sehen. Dafür spricht wohl auch, daß es aller gesetzgeberischen Tradition widersprechen würde, in einem als Bestandteil im Gesetz enthaltenen Paragraphen einen Kommentar zu den umliegenden Vorschriften zu geben. Der Gesetzgeber würde ja damit seine Unfähigkeit eingestehen, die strafbaren Tatbestände so zu fassen, daß nicht tatbestandsmäßige Handlungen nicht darunter fallen können — übrigens ein Widerspruch in sich! Auf den unbefangenen Betrachter wirkt die Vorschrift etwa so: „Gewiß, die Operation ist tatbestandsmäßig. Der Richter soll sie aber nicht als solche behandeln, weil sie durch den ausgezeichneten Täter und dessen ausgezeichnete Absicht (arzten) gerechtfertigt ist."

392) Begründung S. 123.

393) Vgl. Radbruch Reform S. 311.

V. Abschnitt.

Die Reichstagsvorlage von 1927.

Die RtV. bildet als das jüngste amtliche Reformwerk die maßgebende Unterlage für die Gestaltung unseres kommenden Strafgesetzes. Vergleichen wir ihre Haltung gegenüber dem Einwilligungsproblem mit der des AE., so können wir erfreulicherweise einige Verbesserungen verzeichnen, auf deren Darstellung wir uns hier beschränken wollen.

Zunächst hat die RtV. die Bedenken Trägers zerstreut, der — wohl irrigerweise — annahm [394]), der AE. habe in seinem § 239 der Einwilligung nur gegenüber Körper-„verletzungen", nicht Mißhandlungen rechtfertigende Kraft beigelegt. Es sind nämlich Körperverletzung und Mißhandlung wieder in einem einzigen § 295 unter der Ueberschrift „Körperverletzung" zusammengelegt, sodaß die früher sinngemäß bestehende Erstreckung der Einwilligungsvorschrift auf die Mißhandlung nunmehr auch sprachlich unzweideutig zum Ausdruck kommt.

Der § 239 des AE. ist im § 264 der RtV. unverändert wiedergegeben, wenn man davon absieht, daß der Passus „trotz der Einwilligung" durch den kürzeren Ausdruck „trotzdem" ersetzt wurde. Diese Maßnahme zielt wahrscheinlich darauf ab, die Wiederholung desselben Wortes aus Schönheitsrücksichten zu vermeiden. Daß sie sachlich keine Aenderung mit sich bringt, beweist schon die Formulierung der Begründung: „Die Einwilligung des Verletzten macht die Tat nur straflos, wenn die Tat nicht trotz der Einwilligung gegen die guten Sitten verstößt [395])". Die Begründung wiederholt übrigens getreulich den Wortlaut derjenigen zum AE., woraus sich ergibt, daß auch hier die Einwilligung als Rechtfertigungsgrund, nicht bloß als Strafausschließungsgrund angesehen wird.

Auch in der Behandlung des ärztlichen Eingriffs bringt der § 263 eine geringfügige redaktionelle Aenderung am § 238 AE. insofern, als statt „Behandlungsweise" der bezeichnendere Ausdruck „Behandlungen" gewählt wurde, außerdem ist die Alternative „oder Mißhandlungen" gestrichen worden, weil die Mißhandlungen nun zweifelsfrei im Oberbegriff Körperverletzungen enthalten sind. — Die Stellung der Einwilligungs- zur Operationsnorm, sowie zur Strafbestimmung betreffend die fahrlässige Körperverletzung ist die gleiche geblieben wie im AE.

Sachlich weit wichtiger ist eine dem § 13 des E. 19 nachgebildete Vorschrift des § 281 RtV., welche die eigenmächtige Heilbehandlung unter Strafe stellt. Sie war dringend erforderlich [396]), denn im AE. fand mangels einer solchen Vorschrift ein etwa entgegenstehender Wille des Patienten nicht genügende Beachtung. Die Vorschriften über Freiheitsberaubung und Nötigung reichten keinesfalls aus. § 263 in Verbindung mit § 281 bietet eine Lösung,

---

394) Ger.S. Bd. 94 S. 123 fg.

395) Begr. S. 134.

396) Vgl. Heimberger in VD Allg. Teil Bd. 4 S. 58 fg. und Reform S. 91 fg.; sowie Gerland Entwurf 25 S. 38.

die den berechtigten Forderungen der Aerzteschaft nach richtiger Einschätzung ihrer segensreichen Tätigkeit in gleicher Weise Rechnung trägt, wie im Interesse der Patienten an der Respektierung ihres Willens. Die Begründung zum AE.[397] erklärte die „ärztliche Ethik" als maßgebend für die Beantwortung der Frage, ob bei einem Eingriff zu Heilzwecken die ausdrückliche Einwilligung des Patienten einzuholen war. Diese Regelung war deshalb unbefriedigend, weil es als verkehrt bezeichnet werden muß, wenn der Gesetzgeber eine Frage, deren Beantwortung ausschließlich ihm obliegt, außerstrafrechtlichen Faktoren zur Entscheidung überträgt.

Schlußwort.

Wir haben gesehen, daß das Problem der Einwilligung des Verletzten in eine Körperverletzung durch die jüngsten Arbeiten der Strafrechtsreform in einer allgemein befriedigenden Weise seiner Lösung entgegengeführt wurde. Aber ehe dies gelang, ist eine Unmenge von ernster Forscherarbeit darauf verwandt worden, um schon auf dem Gebiete des geltenden Rechts eine Klärung unserer Frage herbeizuführen. Freilich hat diese Arbeit nicht allseitig zu befriedigenden Ergebnissen geführt und vor allem war es die starre Haltung des Reichsgerichts, die von seiten der Wissenschaft in überwältigender Mehrheit abgelehnt wurde. Aber gerade dieses konsequente, jedem Fortschritt abgeneigte Behaupten eines nicht mehr haltbaren Standpunktes hat nicht zum geringsten Teile dazu beigetragen, daß die Rufe nicht verstummten, die gebieterisch eine Aenderung der bestehenden Zustände forderten und so einer vernünftigen Reform den Boden bereiteten. Verständlich immerhin, wenn auch in seinem Radikalismus nicht zu billigen, ist darum die unter großem Beifall von einem Redner auf der Karlsruher Tagung der KJV. im September 1927 vorgetragene Forderung, mit dem Inkrafttreten des neuen Strafgesetzbuches die seitherigen Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen zu verbrennen.

Konnte auch de lege lata nur eine Ansicht, nämlich die positive, Recht behalten, so haben doch nicht zuletzt namhafte Vertreter dieser Ansicht den nachdrücklichen Wunsch geäußert, die Entscheidung des kommenden Gesetzes möge im Sinne einer vermittelnden Ansicht fallen. Der Friede, der damit zwischen den Parteien eintreten wird, ist nur geeignet, das Ansehen der Wissenschaft zu erhöhen. Auch von unserem Reichsgericht ist zu erwarten, daß es mit Freuden in das freiere Reich des neuen Rechts einziehen wird.

---

[397] S. 123.